الإلتــــزام القضائــــي

الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام

(دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)

دكتور

سمير تناغــــو

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

الطبعة الأولي

2014م

الناشر

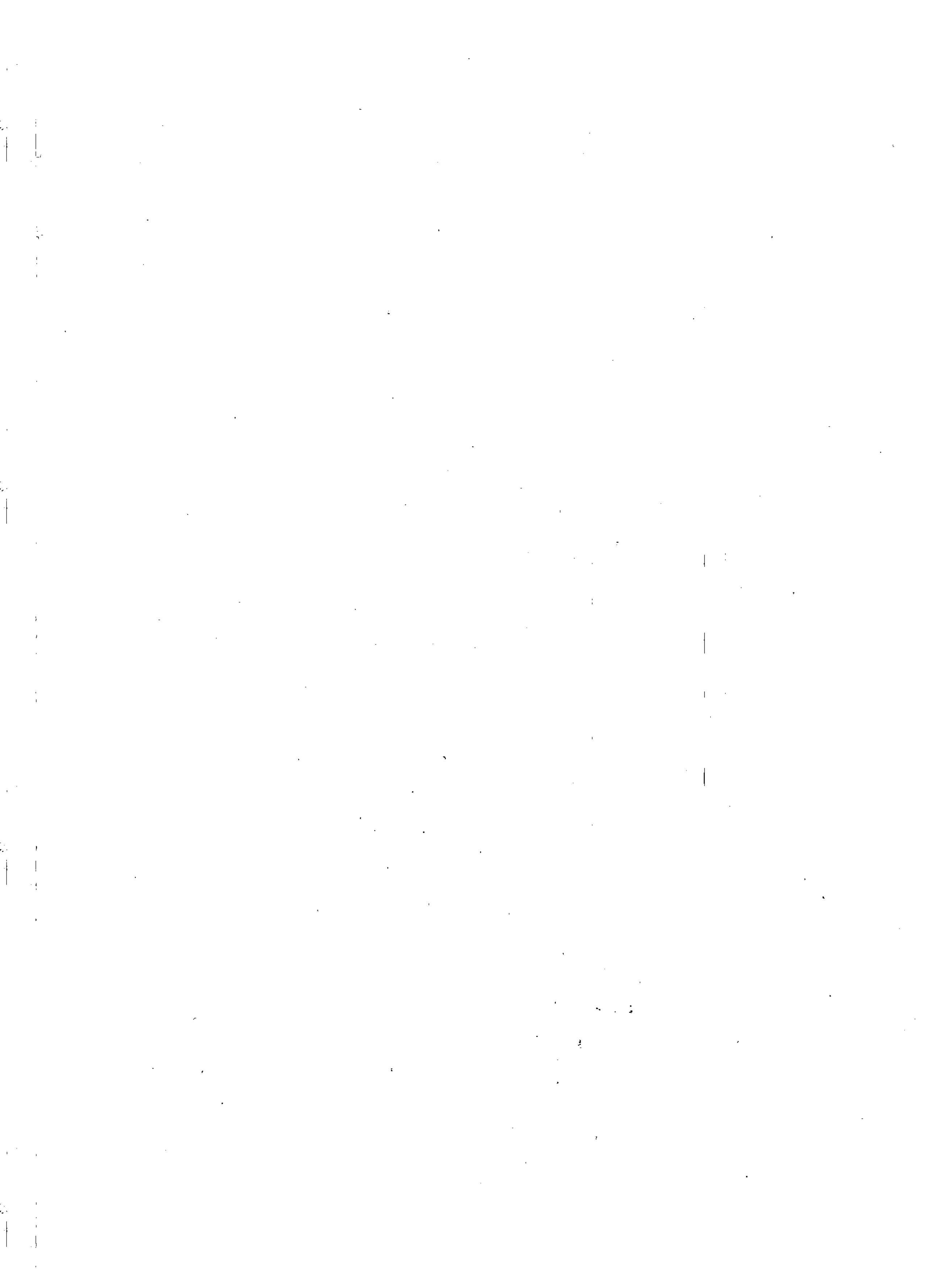
مكتبة الوفاء القانونية

محمول: 00201003738822 الإسكندرية

رقم الإيــداع : 2014/2760
الترقيم الدولى : 9-014-753-977-978

بيـان

أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراة تقدمنا بها إلي كلية الحقوق جامعة باريس عام ١٩٦٤، وقد حصلت علي تقدير جيد جداً مع حجز الرسالة لمسابقة أحسن الرسائل، ثم حصلت على جائزة أحسن الرســائل مــن جامعة باريس عام ١٩٦٥ ، وعلى منحة المركــز القــومى للبحــوث الفرنسية لنشر الرسالة . والكتاب عبارة عن الأصل الفرنسي للرسالة كما نوقشت مع ترجمة عربية للجزء الفني في الرسالة ، أمــا الجــزء الفلسفي فقد سبق عرضه في كتابنا "النظرية العامة للقانون " .



تصـــــــــدير
مصدران جديدان للإلتزام

إذا كانت نظرية الإلتزام هي أهم نظريات القــانون ، وهــي مــن القانون ، كما يقول الدكتور السنهوري ، بمثابة العمود الفقــري مــن الجسم ، ، فإن مصادر الإلتزام هي الأساس الذي تقــوم عليــه هــذه النظرية ، فمصدر الشئ هو سبب وجوده .

ومن المعروف أن الفقيه الروماني "مودســتان" أضــاف القــانون كمصدر خامس للإلتزام إلي المصادر الأربعة المذكورة في موســوعة "جستنيان" : العقد ، وشبه العقد ، والجريمة ، وشبه الجريمة .

ومن المعروف أيضاً أن تقنين نابليون نقل عن القانون الرومــاني التقسيم الخماسي دون أدني تغيير.

ومن المعروف أيضاً أن الفكر القانوني الحــديث أضــاف الإرادة المنفردة كمصدر مستقل للإلتزام ، وأطلق إسماً جديداً علي الجريمــة وشبه الجريمة هو العمل غير المشروع ، كما أطلق إسماً جديداً علــي شبه العقد هو الإثراء بلا سبب ، وهكذا أصبحت مصادر الإلتزام فــي التقنين المدني المصري الجديد هــي : العقــد ، والإرادة المنفــردة ، والعمل غير المشروع ، والإثراء بلا سبب ، والقانون .

ومن الواضح أن الفكر القانوني الحديث لم يتقدم ســوي خطــوات محدودة للغاية منذ عصر القانون الروماني ، فقد عرف الرومان تقريباً كل شئ يمكن معرفته في نظرية الإلتزام ، ويترتب علي ذلك أمر هام وهو أن التجديد في هذه النظرية ليس بالأمر المرغوب فيه في كثيــر من الأحيان ، كما أنه محفوف بالمخاطر في جميع الأحوال ، وهكــذا

نجد "جني" ، وهو بصدد نقد نظرية "ديجي" في التصرف القانوني يؤكد أن نظرية الإلتزام " تستعصي علي التجديدات المتهورة " .

ورغم المحاذير والمخاطر ، فقد أتيح لنا في عام ١٩٦٤ أن نبرز بوضوح كامل لا يقبل الشك ، أن حكم القاضي هو المصدر السادس للإلتزام وذلك في الحالات التي يقوم فيها القاضي بتعديل العقد تعديلاً إرادياً يخضع لسلطته التقديرية ، فإن التعديل في هذه الحالة يؤدي إلي إنقضاء الإلتزامات العقدية ، ونشأة إلتزامات قضائية جديدة تحل محلها ، ويكون حكم القاضي في هذه الحالة مجدداً ومنشئاً ومصدراً للإلتزام.

ونحن نعترف أننا عشنا وقت إعداد نظرية الإلتزام القضائي تجربة نفسية يسميها عالم الإجتماع الألماني ماكس فبر " التجربة الحية للعلم " . (L 'expérience vécu de la science)

وهي علي حد قوله شعور الباحث بالرضا وهو يقول لنفسه هذه المرة صنعت شيئاً جديداً سيكتب له الدوام .

وفي عام ١٩٧٢ نشرنا كتاباً عنوانه "القرار الإداري مصدر للحق" أثبتنا فيه بوضوح كامل ، أن القرار الإداري ه المصدر السابع للإلتزام.

ونحن ندرك خطورة القول بإكتشاف مصدرين جديدين للإلتزام في حياة شخص واحد ، بينما لم يقدم الفكر القانوني كله منذ عصر الرومان إلي يومنا هذا غير الإرادة المنفردة كمصدر مستقل للإلتزام بجانب المصادر التي قال بها فقهاء الرومان .

ونحن إذ نحمد الله علي ماألهمنا به ، لا نستطيع تحت إلحاح أية رغبة في التواضع الكاذب ، أن نخفي حقيقة الإنجاز الذي حققناه ، والفضل لله أولاً وأخيراً .

وسوف نعرض هنا لرسالتنا عن نظرية الإلتزام القضائي ، كما سوف نضع تعليقاً علي الرسالة باللغة العربية وآخر باللغة الفرنسية .

مقدمة

١ ـ متى يكون الحكم مصدراً للإلتزام.

من الشائع القول بأن وظيفة القاضي هي حماية الحقوق وليس إنشاؤها، وأن الأصل في الحكم القضائي أن يكون كاشفاً للحقوق غير منشئ لها.

والواقع أن وظيفة القاضي هي إقامة العدل في نزاع بين طرفين. وإذا كان يرمز للعدل بالميزان الذي يمسك به شخص معصوب العينين. فإن هذا الرمز مأخوذ من تعريف أرسطو للقاضي بأنه الشخص الذي يمسك بالميزان. ولا زال تعريف أرسطو هو أصدق تحديد للمقصود بالعمل القضائي، رغم كل ما وضع في هذا المجال من نظريات ومؤلفات.

والقاضي يوزع العدل بين الناس. لا بحسب مفهومه الشخصي لفكرة العدل. ولكن بحسب ما حدده القانون لهذه الفكرة من تطبيقات مختلفة تتمثل في الحقوق والإلتزامات التي أعطاها للأفراد أو فرضها عليهم. وقد جعل القانون لكل حق مصدراً. وكذلك جعل لكل إلتزام مصدراً. فإذا توافر للحق مصدره. أو للإلتزام مصدره، فإنه ينشأ صحيحاً طبقاً للقانون. ويكون له وجود في نظر القانون. ومقتضى وجود الحق أو الإلتزام أن تكون له حماية قانونية تتمثل في الجزاء الذي يترتب على المساس بهذا الحق أو بهذا الإلتزام. والقاضي هو الذي يحمي هذه الحقوق والإلتزامات ويوقع الجزاء على مخالفتها.

والقاضي في عمله هذا لا ينشئ الحق أو الإلتزام. ولكنه يكشف عنه ويقرره. ولذلك فالقول بأن حكم القاضي هو بحسب الأصل كاشف للحق غير منشئ له، هو قول صحيح.

ومع ذلك ففي بعض الحالات الإستثنائية لا يكون دور القاضي هو مجرد حماية الحق السابق وجوده. ولكنه يتخطى ذلك بإنشاء حق أو إلتزام لم يكن موجوداً من قبل. و الحالات التي ينشئ فيها القاضي إلتزاماً جديداً فإن حكمه يكون منشئاً وليس فقط كاشفاً، ويكون هو مصدر هذا الإلتزام.

والإلتزام الذي ينشأ عن حكم القاضي، يسمى بالإلتزام القضائي، كما يسمى الإلتزام الناشئ عن العقد بالإلتزام العقدي.

وقد وضعنا نظرية الإلتزام القضائي عام ١٩٦٤ في مؤلف يحمل هذا الإسم، وقد نشر في فرنسا عام ١٩٦٥.

ومنطوق نظرية "الإلتزام القضائي"، أنه في الحالات التي يقوم فيها القاضي بتعديل العقد بما له من سلطة تقديرية، وبمقتضى تفويض صريح من القانون، فإنه يقوم بتجديد الإلتزامات الناشئة عن هذا العقد، تجديداً يترتب عليه إنقضاء هذه الإلتزامات. ونشأة إلتزامات جديدة تحل محلها مصدرها حكم القاضي. والإلتزامات الجديدة تختلف عن الإلتزامات القديمة في مصدرها وفي محلها. ويكون حكم القاضي في هذه الحالات مجدداً ومنشئاً ومصدراً للإلتزام.

والواقع أن القاضي عندما يعدل العقد فإنه لا يفسره. ولا يطبقه، لكنه يخرج عليه ويقومه.

والقاضي بهذا يحل إرادته محل إرادة المتعاقدين، وينشئ آثاراً جديدة غير تلك التي ارتضاها المتعاقدان.

وإعطاء هذه السلطة للقاضي أمر خطير للغاية، فهي مقررة مباشرة ضد فكرة العقد ونظامه.

ولذلك فإن القاضي لا يملك القيام بتعديل العقد من تلقاء نفسه، بل لابد أن يكون مفوضاً تفويضاً صريحاً من القانون في القيام بذلك.

والقانون هو المصدر غير المباشر للإلتزام القضائي، كما هو الشأن بالنسبة لكل الإلتزامات الأخرى، أما مصدره المباشر فهو حكم القاضي.

والقانون لا يعطي سلطة تقديرية في تعديل العقد إلا في الحالات التي يبدو فيها بوضوح أن العقد أصبح مخالفاً للعدل مخالفة صارخة تقتضي التدخل وتبرره في نفس الوقت.

ولذلك فإن القانون يحل محل العقد - وهو الوسيلة الأولى للتعبير عن العدل في معاملات الأفراد - وسيلة أخرى هي حكم القاضي.

وفي كل الحالات التي أعطى فيها القانون للقاضي سلطة تقديرية لتعديل العقد، كان ذلك بهدف إقامة التوازن بين إلتزامات الطرفين المتقابلة، أو إعادة هذه التوازن، إذا كان قائماً وقت العقد ولكنه اختل بعد ذلك.

ولذلك فإن الهدف الأساسي من تدخل القاضي هو محاربة الغبن، أي عدم التعادل في الإلتزامات التعاقدية، والغبن بمفرده لا يكفي ولا يبرر الإذن للقاضي بالتدخل في العقد بالتعديل، وإلا لانهارت فكرة العقد، وانهارت بالتالي الثقة المشروعة في المعاملات.

ولذلك فإن القانون يستعين دائماً بعنصر آخر إضافي إلى جانب الغبن. وهذا العنصر الإضافي هو الذي يبرز جانب الظلم في الغبن.

ويجعله قبيحاً لا يطاق، ويجعل محاربته وتقويمه أمراً مقبولاً لا يمس الثقة في المعاملات.

وإذا استعرضنا الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل العقد، فإنه يمكن تصنيفها في قسمين الأول خاص بالغبن وقت إنشاء العقد، والثاني خاص بالغبن الطارئ بعد إبرام العقد. ومن أهم التطبيقات المتعلقة بالقسم الأول وهو الذي يكون الغبن فيه معاصراً لإبرام العقد، تعديل العقد في حالة الإستغلال طبقاً للمادة ١٢٩ من القانون المدني ، والعنصر الإضافي الذي استعان به المشرع في هذا التطبيق هو عنصر الإستغلال، هو عنصر نفسي، ومن تطبيقات القسم الأول كذلك ما تقرره المادة ٧٠٩ من حق القاضي في تعديل أجرة الوكيل. ويمتد هذا الحكم إلى أجرة كل أصحاب المهن الفنية كالطبيب أو المهندس أو المحامي. والعنصر الإضافي الذي استعان به المشرع في إعطاء القاضي سلطة التعديل في هذه الحالة هي الطبيعة الفنية للعمل، وهو ما لا يستطيع العميل أن يقدر قيمته تقديراً يعصمه من قبول ما هو غير عادل بالنسبة له، ومن تطبيقات القسم الأول أيضاً. ما يتعلق بتعديل عقود الإذعان. طبقاً لنص المادة ١٠٠ من القانون المدني. والعنصر الإضافي الذي استعان به المشرع في إعطاء القاضي سلطة التعديل في هذه الحالة، هي الظروف الإقتصادية غير المتعادلة التي يوجد فيها كل من المتعاقدين، فأحدهما قوى يفرض شروطه على الطرف الآخر الضعيف الذي لا يملك إلا التسليم بهذه الشروط. ومن الأمثلة على تطبيقات القسم الأول كذلك، ما يتعلق بسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي طبقاً لنص المادة ٢٢٤ مدني، ومن تطبيقات القسم الأول أيضاً. ما تنص عليه المادة ٧ من إتفاقية بروكسل المعقودة في ٢٣

سبتمبر عام ١٩١٠ والتي انضمت إليها مصر في عام ١٩٤٤. وهي الخاصة بالمساعدة والإنقاذ البحريين ، وتقرر المادة المذكورة أن " كل إتفاق يتعلق بمساعدة أو إنقاذ تم في لحظة أو تحت تأثير الخطر، يمكن بناءً على طلب أحد الطرفين أن يبطل أو يعدل بواسطة القاضي إذا رأي أن الشروط المتفق عليها ليست عادلة". وبطبيعة الحال فإن ظروف الخطر التي تم فيها هذا العقد هي التي سمحت للقانون بإعطاء القاضي سلطة تعديل هذا العقد.

أما الغبن اللاحق على إبرام العقد، فإن مثاله البارز هو نظرية الحوادث الإستثنائية الطارئة. وقد سبق أن درسنا هذه النظرية تفصيلاً، في كتابنا مصادر الإلتزام ، ودرسنا سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة إنطباقها لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول.

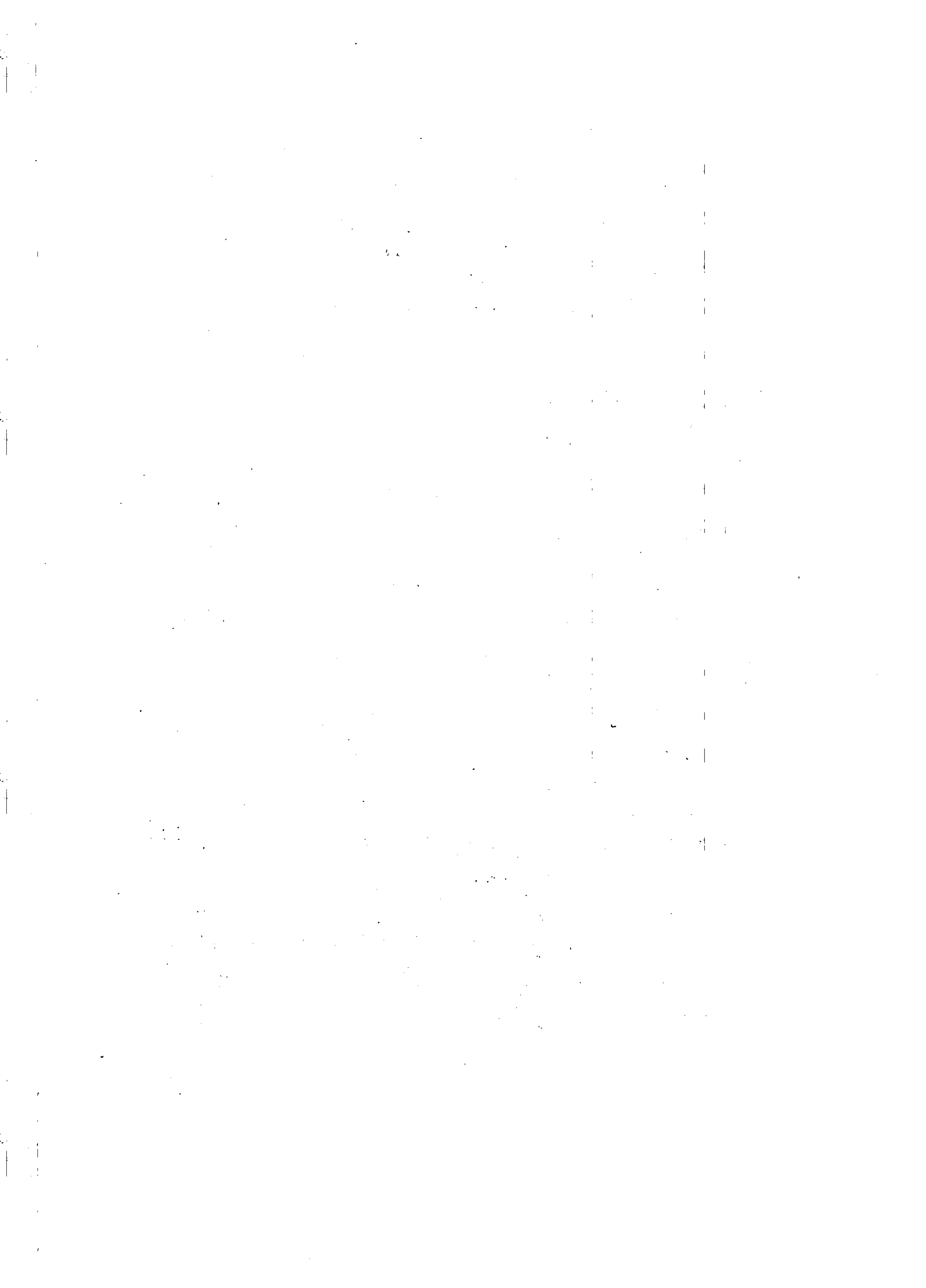
والخلاصة أن القاضي وهو يحكم بالعدل بين الناس، يكون مقرراً لحقوق الأفراد في معظم الحالات، ولكنه ينشئ هذه الحقوق في حالات أخرى، بمقتضى تفويض صريح من القانون. وفي هذه الحالات يكون الحكم مصدراً من مصادر الإلتزام.

وندرس فيما يلي نظرية الإلتزام القضائي في ثلاثة فصول:

الفصل الأول: التجديد الضروري.

الفصل الثاني : الحكم مصدر للإلتزام.

الفصل الثالث : تطبيقات وتحليل وأثار المنشئ للإلتزام.



الفصل الأول
التجديد الضروري

٢- فكرة التجديد الضروري:

بحسب منطوق نظرية الإلتزام القضائي، عندما يقوم القاضي بتعديل العقد بما له من سلطة تقديرية، وبمقتضى تفويض صريح من القانون، فإنه يقوم بتجديد الإلتزامات الناشئة عن هذا العقد، تجديداً يترتب عليه إنقضاء هذه الإلتزامات، ونشأة إلتزامات جديدة تحل محلها مصدرها حكم القاضي. هذا هو الإلتزام القضائي. والتجديد الذي يؤدي إلى نشأة هذا الإلتزام هو تجديد ضروري يقابل التجديد الإتفاقي الذي يدرس عادة عند دراسة أسباب إنقضاء الإلتزام.

وكل البناء الفني لنظرية الإلتزام القضائي، يقوم على فكرة التجديد الضروري لإلتزام عقدي.

وحتى يمكن فهم فكرة التجديد الضروري، ينبغي التخلص من كل الأفكار المسبقة المتعلقة بصورة واحدة من صور التجديد، أو نوع واحد من أنواع التجديد.

ففكرة التجديد متصورة حتى خارج نطاق نظرية الإلتزام. وجوهر فكرة التجديد هو حلول أمر محل أمر أخر، ومن الممكن أن نتحدث بطريقة صحيحة عن التجديد في القانون الوضعي. فالتقنيات كما يقول فرانسوا جنى تؤدي إلى تجديد القانون القديم، وحلول تشريعات جديدة محله. وفي موضع آخر من مؤلفه "طريقة التفسير ومصادر القانون".

يتحدث[1] جني عن الأثر التجديدي للتقنينات بالمعنى الفني وليس المجازي للكلمة. وكذلك فإن الأستاذ هوريو يري أن إصدار دستور جديد فيه معنى تجديد أساس الدولة. وقد كان جان جاك روسو، يعتقد أن الدستور يجدد العقد الإجتماعي الأول الذي أنشأ الدولة[2].

وفي نطاق نظرية الإلتزام فإن التجديد لا يعني شيئاً أكثر من حلول الإلتزام محل إلتزام آخر، بغض النظر عن الشروط المطلوبة لحدوث مثل هذا الحلول. فالشروط لا تؤثر شيئاً في جوهر العملية.

ولم يعد الفقهاء، في الوقت الحاضر يتحدثون عن التجديد الضروري. فالتجديد يبدو لهم بحسب تعريفه رضائياً. أليست نية التجديد عنصراً داخلاً في تكوينه؟ ومع ذلك فإن الحقيقة أبعد ما تكون عن هذا. فمن الناحية التاريخية، فإن التجديد الضروري ظهر قبل ظهور التجديد الإتفاقي، ثم تعاصر النوعان لمدة طويلة في القانون الروماني.

وإذا كان تقنين نابليون قد استقبل فقط فكرة التجديد الإتفاقي، فإن التجديد الضروري لم يختف أبداً فطول القرن التاسع عشر والقرن العشرين، فإن فكرة التجديد الضروري ظلت أساساً لأهم النظريات الفقهية والقضائية، في مجالي المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية على السواء.

---

(١) فرانسوا جني، طريقة تفسير ومصادر القانون الخاص الوضعي، الطبعة الثانية، باريس ١٩٥٤، جـ ١، ص ١١٠ و ص ٢٣٩، جـ ٢، ص ٧٣.

(٢) راجع كتابنا، النظرية العامة للقانون، ١٩٩٩، ص ٣٠٥.

وهكذا فلسنا نحن أول من يتحدث عن التجديد الضروري، بل العكس فإن دورنا سيقوم على إستبعاد كل الحالات التي يبدو فيها حلول إلتزام محل إلتزام آخر، غير واضح بطريقة لا تقبل الشك.

وسنقوم في هذا الفصل بدراسة تأثير الخصومة على الحق، وطبقاً لنظريات في القانون الروماني، والقانون الحديث، فإن الخصومة تؤدي إلى إنقضاء الحق ونشأة حق جديد على أنقاضه، وقد ظهرت فكرة التجديد الضروري في كل مراحل الخصومة، إنكار الحق. الإعذار، الدعوى، الخصومة القضائية، والحكم. وعرض هذه النظريات بطريقة إنتقادية، سيسمح لنا بوضع القارئ موضع العلم بكل أشكال تجديد الحق المتنازع عليه، وبالتالي كل أشكال الإلتزام القضائي.

وهكذا دون إنكار أو تجاهل النظريات الرومانية والحديثة، سيكون في إمكاننا أن نضع الحدود التي تبدو لنا فيها، فكرة التجديد الضروري، صحيحة بما لا يقبل الشك.

وستنقسم دراستنا في هذا الفصل إلى مبحثين: الأول ندرس فيه التجديد الضروري في القانون الروماني. والثاني ندرس فيه التجديد الضروري في موضوع المسئولية المدنية في القانون الحديث.

المبحث الأول
التجديد الضروري في القانون الروماني
وتأثيره على القانون الحديث

يطلق أحياناً على التجديد الضروري، إصطلاح التجديد القضائي، لأنه يتم خلال المرحلة القضائية للنزاع. وكان يوجد في الواقع نوعان من التجديد الضروري يأتي أحدهما بعد الآخر خلال المرحلة القضائية للنزاع: التجديد بواسطة الخصومة Litiscontestatio، والتجديد بواسطة الحكم، ومن المهم إذن أن ندرس أولاً العلاقة بين الحق وبين الدعوى في القانون الروماني.

٣- الدعوى والحق في القانون الروماني:

نريد أن نؤكد تحت هذا العنوان شيئاً واحداً هو وجود فكرة الحق في القانون الروماني، ومن حيث المبدأ، فإن الدعوى القضائية كانت مرتبطة بوجود حق سابق عليها. والقول بذلك يبدو أمراً طبيعياً لا يستحق الذكر لدى البعض. ومع ذلك فإن منكري وجود فكرة الحق في القانون الحديث، كانوا منكرين لها أيضاً في القانون الروماني(١).

وقد درس هذا الموضوع بطريقة متعمقة، الأستاذ ميشيل فيلي في مقال له عن "فكرة الحق في نظم القانون الروماني"(٢)، ومقال أخر له عن "معنى إصطلاح الحق العيني في القانون الروماني والقانون الحديث". (٣)

---

(١) ديجي، موسوعة القانون الدستوري، الطبعة الثالثة، ١٩٢٨، جـ ٢، ص ٤٣٤.

(٢) مجلة تاريخ القانون، ١٩٤٧، ص ٢٠١ وما بعدها.

(٣) في الدراسات المهداة إلى فيشر، ١٩٤٩، ص ٤١٧، بالإضافة إلى "دروس في فلسفة القانون". داللوز، باريس، ١٩٦٢، ص ١٥٦ - ١٦٤، و ص ١٦٧ - ١٨٨.

ولا شك أن وجود فكرة الحق مرتبطة بالتعريف الذي نعطيه لهذه الفكرة. وهكذا بإعطاء تعريف غريب للحق، وهو "تدرج الإرادات"، استطاع ديجي أن ينكر بسهولة وجوده[١]. وهكذا فإن الإعتراف بالحق أو إنكاره يتوقف على التعريف الذي نعطيه له، فما هو التعريف الذي نعطيه للحق؟

من ناحيتنا فإننا نأخذ بالتعريف الذي قال به الفيلسوف "كانت"، وهو التعريف الذي كثيراً ما يتجاهله الفقهاء، الذين يأخذون فقط بتعريف سافيني وهو "سلطة الإدارة"، أو تعريف إهرنج "المنفعة المحمية"، مع تعريفات أخرى مختلطة ومشتقة من هذه الإصطلاحات[٢]. وأنه لشيء رائع أن نلاحظ أن أفكار كانت، تتفق تماماً مع أفكار دابان، دون أن توجد أية صلة بين الرجلين. بالنسبة لدابان "فإن الحق هو الإختصاص أو الانتماء أو التبعية.. فهو علاقة تبعية بين شخص وشيء". ومن هذه الخصيصة، خصيصة التبعية، يتولد مظهر ثان من مظاهر الحق، وهو السيطرة، بمعنى "حرية التصرف في الشيء محل الحق". وهكذا "فإن الحق يختلط بالحرية"[٣]. ومن ناحية أخرى فإن الحق لا يمكن تصوره إلا في مواجهة الغير. "فإذا نظرنا إلى روبنسون معزولاً في جزيرته، وجدناه يحوز أشياء، ولكن ليست له حقوق". وأخيراً فإن التبعية تعني الملكية "فجميع الحقوق تنطوي إلى حد ما على حق الملكية"[٤].

---

(١) ديجي، التحولات العامة للقانون الخاص منذ تقنين نابليون، باريس، ١٩١٢، ص ١٢.

(٢) جان دابان، الحق داللوز، باريس ١٩٥٢، ص ٥٦ – ٨٠، بول روبييه، الحقوق والمراكز القانونية، داللوز، ١٩٦٣، ص ٦٧ – ٧٢.

(٣) المرة الوحيدة التي أشار فيها دابان إلى كانت. هي تعريف كانت للقانون كما ورد في قاموس لالاند للمصطلحات الفلسفية. راجع دابان، الحق ص ٥٧.

(٤) دابان ، المرجع السابق ، ص ٨٠ ـ ١٠٥ .

وبالنسبة للفيلسوف كانت، فإن الحق هو "حيازة ذهنية لشيء"[١]. "فيجب، كما يقول كانت، أن تتوافر لي حيازة شيء حتى أستطيع القول بأنه حقي"[٢]. وهكذا فإن الحق هو علاقة تجعل من الشيء حقاً. هذه العلاقة هي الحيازة العقلية والذهنية والقانونية لهذا الشيء وليس حيازته المادية. فالحق هو "علاقة ذهنية بين الشيء وبيني، بما يعني أن الشيء تحت سيطرتي".[٣] وهذا الشيء ينبغي أن يكون خارجياً، أي منفصلاً عني.

وهكذا فإن كانت يدرس الحق تحت عنوان "مالي ومالك الخارجيين". ويقول "مالي الخارج عني، هو الشيء الخارج عني، الذي لا يمكن للغير إستعماله دون الإضرار بي".[٤] ومحل الحق العيني " هو شيء مادي خارج عني". ومحل الحق الشخصي "هو التحكم في الغير بالنسبة لأداء معين". والتحكم في الغير هو شيء خارجي متميز عن حريته الشخصية الداخلة في تكوينه والتي لا يوجد لأي شخص حق عليها. "فإن إلتزام هذا الشخص فقط، هو الذي يعتبر حقاً لي"[٥]. وبالنسبة لكانت أيضاً، فإن الحق لا يمكن تصوره إلا في مواجهة الغير. [٦]

وهكذا فإنه بإستثناء بعض الفروق البسيطة، وخاصة عدم ملاحظة دابان لتفرقة كانت بين ما هو خارج عن الإنسان، وما هو داخل في

---

(١) كانت، نظرية القانون، مترجم إلى الفرنسية بواسطة برني، باريس، ١٩٥٤، ص ٧١.

(٢) المرجع السابق، ص ٦٨.

(٣) يلاحظ أن كانت هو الذي يضع خطا تحت هذه العبارة.

(٤) كانت، المرجع السابق، ص ٧٠ "مالي الداخل في هو حريتي".

(٥) كانت، المرجع السابق، ص ٦٨ – ٦٩؛ ص ٨٨ – ١١٠.

(٦) كانت، المرجع السابق، ص٨٩.

تكوينه، يمكن القول بوجود تشابه كبير بين نظريتي كانت ودابان. فبالنسبة للإثنين معاً، فإن الحق يمكن التعبير عنه بكلمة "لي" أو "يخصني" أو "يتبعني". ويمكن تعريف الحق إذن بأنه علاقة تجعل من الشيء "مالي". وصاحب الحق هو الشخص الذي له الحيازة. والملكية، والسيطرة على هذا الشيء في مواجهة الغير.

والسؤال الآن هو هل كانت هذه الفكرة البسيطة الواضحة للحق، موجودة في القانون الروماني؟ بكل تأكيد. فالعبارة المشهورة للفقيه أولبيان تقول أن القانون يقتضي "إعطاء كل شخص ماله" وفي هذا التعبير توجد فكرة الحق، بغض النظر عن عدم الثراء في المصطلحات اللغوية المستخدمة في هذا الموضوع. وهكذا فإننا نستطيع التأكيد بأن دراسات ميشيل فيلي السابق الإشارة إليها، لا تؤدي أبداً إلى إنكار وجود فكرة الحق في القانون الروماني. وهو لم يقصد أبداً القول بذلك. فهو يقول "نحن لا ندعي بأن المراكز الفعلية التي يعبر عنها القانون الحديث باسم الحق، كانت مجهولة في القانون الروماني في عصره العلمي" [١]. وبالعكس فإن دراسات ميشيل فيلي يمكن أن تؤدي إلى نتيجة أخرى إيجابية. ففي الماضي كنا نفسر القانون الروماني في ضوء نظريات حديثة، أما الآن فإننا نستطيع شرح القانون الحديث في ضوء نظريات رومانية. فهذه وإن كانت فقيرة في مصطلحاتها اللغوية، فإنها كانت أكثر عمقاً في التعبير عن فكرة الحق عن الكثير من التعريفات الحديثة. فالحق لا يعني أي شيء

---

(١) ميشيل فيلي، الدراسات المهداة إلي فيشر، المرجع السابق، ص ٤٤٢؛ دروس تاريخ الفلسفة القانونية، ص ١٨٥.

أكثر من كلمة "لي"، أو "يخصني"، أو يتبعني". الحق هو التبعية أو الملكية.

وهكذا يبدو لنا أن الفقر في المصطلحات فضيلة علمية في بعض الأحيان. وبعد أن أكدنا وجود فكرة الحق في القانون الروماني، ينبغي الآن القول بأن الحق كان هو أساس الدعوى. وفي عبارة لا تقل شهرة عن عبارة أولبيان السابق ذكرها، فإن الفقيه سلس Celse يؤكد بأن "الدعوى لا تعدو أن تكون المتابعة القضائية، لما هو مستحق لك".[١]

وجدير بالذكر أن تبعية الدعوى للحق، بلغت إلى حد أن الدعوى يتغير إسمها بحسب الخصائص الذاتية للحق الذي تحميه. وإذا كان القانون الروماني في عصره العلمي لا يستخدم إصطلاحات الحق العيني، والحق الشخصي. فإن تقسيم الدعاوى إلى شخصية وعينية، لم يكن أمرا تحكمياً وإنما يرجع إلى طبيعة الحق الذي تحميه كل دعوى.

والمصطلحات الرومانية كانت بكل تأكيد أكثر إنضباطاً من بعض المصطلحات الحديثة. فإنه أدق في التعبير أن نقول أنني أملك شيئاً أو أملك منفعة الشيء أو أملك إستعماله، من أن نقول أنني أملك حق الملكية أو حق الإنتفاع أو حق الإستعمال. وكما يقول الفيلسوف كانت "أنه ليس من الصحيح القول بأننا نحوز حق الملكية على هذا الشيء أو غيره، بل الأفضل القول أننا نحوز هذا الشيء بطريقة قانونية، لأن الحق هو أصلاً حيازة قانونية لشيء، والقول بأننا نحوز الحيازة يبدو تعبيراً مجرداً من المعنى"[٢].

---

(١) موسوعة جستنيان، ٤، ٦، المقدمة.

(٢) كانت، نظرية القانون، المرجع السابق، ص ٧١.

وبالتالي فإن الدعوى تكون شخصية، عندما ندعي بأن شخصاً يلتزم في مواجهتنا بإعطاء، أو عمل، أو تنفيذ أداء معين[١]. وهذه هي فكرة الإلتزام أو الدائنية في القانون الحديث. ومع ذلك فلا ينبغي إغفال أن التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي كانت تتضاءل أثناء إجراءات التقاضي ، بسبب الأثر التجديدي للخصومة القضائية – Litis contestation–، كما سنرى فيما بعد. فالحق العيني كان يتحول دائماً إلى حق شخصي.

والتأكيد بوجود فكرة الحق في القانون الروماني، لا تعني وحدة النظام بين القانون الروماني والقانون الحديث. فالنظام الواحد غير موجود حتى في القوانين الحديثة، حيث تتعدد النظريات وتختلف بعضها عن البعض الأخر.

وكل ما نريد أن نؤكده هو أن فكرة الحق البسيطة الواضحة، التي تعني التبعية أو الإختصاص أو الملكية، كانت موجودة في القانون الروماني، كما هي موجودة في القانون الحديث، وكان الحق هو دائماً أساس الدعوى في كل النظم القانونية.

وندرس الآن تأثير الدعوى على الحق. والواقع أن الحق المتنازع عليه أمام القضاء، كان يتحول مرتين، مرة بواسطة الخصومة، والمرة الأخرى بواسطة الحكم.

٤– الخصومة القضائية Litiscontestatio: طبيعتها وشكلها:

من المتفق عليه أن الخصومة القضائية كانت تقوم بمجرد أن يعبر الخصمان عن وجهتي نظرهما المتعارضة أمام القاضي.

---

(١) جايوس، النظم، ٤، ٢.

وفي مرحلة الإجراءات الشكلية من مراحل تطور القانون الروماني، كان أهم أثر للخصومة هو تجديد الحق المتنازع عليه. فالإلتزام، كما يقول جايوس ينقضي بسبب الخصومة، لأن الإلتزام الأصلي ينقضي، ويقع المدين تحت تأثير الخصومة. فإذا حكم عليه، وانتهت الخصومة، فإن الشيء المحكوم به هو الذي سيلزمه مستقبلاً، وكما هو مكتوب لدى القدماء "قبل الخصومة فإن المدين يجب عليه الوفاء إختياراً، فإذا بدأت الخصومة، فلا بد من الحكم عليه. وبعد الحكم يجب عليه تنفيذ الشيء المحكوم به".[١]

وما قاله جايوس هو أهم نص روماني في الموضوع. فالخصومة تحدث أثرين، أحدهما إنقضاء الحق، والثاني إنشاء حق جديد.

والحق الجديد الذي ينشأ عن الخصومة هو حق من طبيعة واحدة، بغض النظر عن طبيعة الحق المتنازع عليه وسواء كانت شخصياً أم عينياً. فإن الحق المتنازع عليه قد انقضى، ونشأ بدلاً منه حق جديد له الخصائص الآتية:

١- هذا الحق هو دائماً حق شخصي أو حق دائنية. فإذا كان الحق المتنازع عليه حقاً عينياً، فإن الخصومة تحوله إلى حق شخصي. فالحق العيني لم يكن يعطي سلطة تتبع الشيء. وهكذا فإن الأثر التجديدي للخصومة أدى إلى إضعاف التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي.

---

(١) جايوس، النظم، ٣، ١٨٠.

٢- الحق الجديد هو دائماً حق نقدي. وحتى في الحالات التي يكون فيها الحق الأصلي إلتزام بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، فإن الحق الجديد هو دائماً إلتزام بدفع مبلغ من النقود.

٣- الحق الجديد هو دائماً حق معلق على شرط. والمدعي عليه يلتزم بدفع المبلغ النقدي إذا تحققت الشروط الواردة في صياغة الدعوى.

وهكذا فإن الخصومة تحدث تجديداً في الحق المتنازع عليه، فتؤدي إلى إنقضاء الحق القديم، وإنشاء حق جديد يحل محله، هذا هو التجديد الضروري أو القضائي.

وبعد إنتهاء الخصومة وصدور حكم في الدعوى ، فإن الحكم يحدث بدوره أثراً تجديدياً للمرة الثانية، فينقضي الإلتزام النقدي الناشئ عن الخصومة ليحل محله إلتزام نقدي ينشأ عن الحكم ذاته[1].

وبعد تطورات متلاحقة في النظام القضائي الروماني، أصبحت الخصومة في نظر البعض لا تحدث الأثر التجديدي الذي كانت تحدثه من قبل. والدليل على ذلك أنه في العصر العلمي للقانون الروماني، كانت الخصومة تؤدي إلي إنقضاء الحق بما يحول دون المدعي وملاحقة الكفيل إذا تبين إعسار المدين الأصلي. ولكن في عصر جستنيان، فإن المدعي كان يستطيع ملاحقة الكفيل بعد إعسار المدين الأصلي، مما يدل على أن الخصومة لم تؤدِ إلى إنقضاء حق الدائن. ومن ناحية أخرى فإن الخصومة فقدت أثرها الإنشائي في خلق حق

---

(١) جايوس، ٣، ١٨٠.

جديد، لأن الحكم أصبح يرد على الشيء المطلوب ذاته وليس على قيمته النقدية.

ومع ذلك فإن البعض الآخر يذهب إلى عدم وجود أي نص يؤكد إنتهاء فكرة التجديد الضروري سبب الخصومة. "ففكرة أن الحق المتنازع عليه ينقضي ويتحول ويتجدد سبب الخصومة، لم تصبح مهجورة في أي وقت من الأوقات " ويضيف هؤلاء بأن " تخفيفاً مهماً حدث علي المبدأ القديم، دون أن يؤدي ذلك إلى إنقلاب عليه"(١).

ومع ذلك فإنه إذا كان يثور الجدل، حول إستمرار الأثر التجديدي للخصومة في المراحل الأخيرة من القانون الروماني، فإنه لا يوجد أدنى شك في أن الحكم ظل في كل وقت محتفظاً بأثره التجديدي. ولا يوجد أي نص يشير إلى إنتهاء الأثر التجديدي للحكم. على العكس فإن جستنيان يشير بصراحة إلى تجديد الحق بواسطة الحكم(٢).

ومع ذلك فيجب أن نلاحظ أن التجديد بواسطة الحكم، في عصر جستنيان لم يعد شيئاً أخر غير قوة الشيء المحكوم به.

ففي المراحل السابقة للقانون الروماني، كان التجديد أثراً من أثار الشيء المحكوم به، أما في عهد جستنيان فإن فكرة التجديد وفكرة الشئ المحكوم به أصبحت مترادفات تعبر عن فكرة واحدة.

٥- التفرقة بين التجديد الرضائي والتجديد الضروري:

أظهرت النصوص الرومانية بعض الفروق بين التجديد الرضائي والتجديد الضروري. وإستناداً إلى هذه النصوص، حاول البعض إنكار

---

(١) أوتولان ولابيه، شرح تاريخي لكتاب النظم لجستنيان، جـ ٢ ، طبعة ١٢، باريس ، ١٨٤٣، ص ٩١٤ .

(٢) تقنين جستنيان، ٧، ٥٤، ٣، المقدمة.

فكرة التجديد الضروري ذاتها. وهذه المحاولات لا تستحق المناقشة. فكما يقول ديكيلر "إنه من المصادرة على المطلوب، أن ندخل أولاً في فكرة التجديد، كل الخصائص المميزة للتجديد الرضائي، لنصل بعد ذلك إلى إستبعاد فكرة التجديد الضروري"(١).

وإبتداء فنحن نستبعد تفرقة قال بها أكارياس، وهي بإعترافه تفرقة مفتعلة، وبمقتضاها، فإنه في التجديد الرضائي، "يشترط لإنقضاء الإلتزام القديم، أن ينشأ الإلتزام الجديد، بينما في الخصومة في القانون الروماني فإن العكس هو الصحيح إذ يشترط لإنشاء الإلتزام الجديد، أن ينقضي الإلتزام القديم"(٢).

وهذه التفرقة ليست مفتعلة فحسب، بل هي مخالفة للنصوص الرومانية. وكما يقول جستنيان، فإنه في التجديد الرضائي، فإن الإلتزام الأصلي ينقضي، حتى ولو لم يكن للإلتزام الجديد أي أثر(٣).

والصحيح هو القول بأنه حتى يكون التجديد كاملاً، سواء كان رضائياً أم ضرورياً، فإن إنقضاء الإلتزام القديم، هو شرط لإنشاء الإلتزام الجديد. والعكس صحيح أيضاً. فإن إنشاء الإلتزام الجديد هو شرط لإنقضاء الإلتزام القديم.

ولكن الفروق الحقيقية بين التجديد الضروري، والتجديد الرضائي، تظهر من نص هام للفقيه بول، يقول فيه "إننا بالإلتجاء إلى القضاء لا نجعل وضعنا أسوأ مما كان، بل نجعله أفضل مما كان"(٤). وبالأخذ

---

(١) ديكيلر، قانون المرافعات والدعاوى عند الرومان، باريس، ١٨٧٠، ص ٢٥٧، هامش ٧٠٨.

(٢) أكارياس، القانون الروماني، باريس، ١٨٩٦، جـ ٣، ص ٧٣٤.

(٣) جستنيان، النظم، ٣، ٣٠، ٣. أضف جايوس، ٣، ١٧٦.

(٤) ديجيست، ٤٦، ٢، ٢٩.

بهذا النص مع نصوص أخرى، نلاحظ أن أهم الفروق بين النوعين من التجديد تظهر فيما يلي:

١- في المرحلة العلمية للقانون الروماني فإن التجديد كان يتم بعقد شكلي. وفي عصر جستنيان، أصبحت نية التجديد هي التي تميزه. وحسب قول كورنيل فإن "تحول شروط التجديد، بما يقتضي وجود نية التجديد كان موازياً لتطور مماثل حدث في عقد الإشتراط ذاته"[١]. فهذا العقد ذاته أصبح عقداً رضائياً. وعلى العكس فإن التجديد الضروري هو نتيجة ضرورية لأحكام القانون وليس العقد.

٢- شروط وحدة أو إختلاف المحل بين الإلتزام القديم والإلتزام الجديد، لم تكن واحدة في نوعي التجديد، لا في العصر العلمي، ولا في عصر جستنيان. وحسب كورنيل أيضاً، فإن شرط نية التجديد أصبح في التجديد الرضائي، في عصر جستنيان، هو الشرط الرئيسي بدلاً من شرط إختلاف المحل.

٣- التجديد الضروري لم يكن يؤدي إلى إنقضاء حقوق الرهن والإمتياز الضامنة للإلتزام القديم المتنازع عليه. وهذا هو نفس الحكم بالنسبة للتجديد الرضائي أو الإتفاقي[٢].

٤- التجديد الإتفاقي يوقف سريان الفوائد. أما التجديد الضروري فلا يؤدي إلى إحداث هذا الأثر.

٥- التجديد الضروري يؤدي إلى قابلية الحقوق المؤقتة أو الشخصية للحوالة، كما يؤدي إلى تأبيدها.

---

(١) كورنيل، أسباب ونتائج الظهور المتأخر لنية التجديد، في الدراسات المهـداة إلـى فورنييـه، ١٩٢٩، ص ١٠٦، ١١٢، ١١٣.

(٢) ديجيست، ٤٦، ٢، ١٨، ٢٩.

٦- على عكس التجديد الإتفاقي، فإن التجديد الضروري لا يؤدي إلى إنقضاء الشرط الجزائي المقترن بالإلتزام القديم[١].

وهكذا كما يقول بول، فإن الإلتجاء إلى القضاء لا يؤدي إلى الإساءة إلى مركز من يضطر على ذلك.

وندرس فيما يلي أثر المبادئ الرومانية على القانون الروماني على القانون الحديث:

٦- تأثير التجديد الضروري في القانون الروماني على القانون الحديث:

نشير هنا إلى ما سبق قوله من أن الخصومة فقدت، في أغلب الظن أثرها التجديدي، في عصر جستنيان. فلم يعد هناك نوعان متتابعان من التجديد، وإنما نوع واحد فقط بواسطة الحكم. وإجراءات الخصومة ظلت كما هي في القانون الكنسي والقرون الوسطى، دون أن تؤدي مع ذلك إلى تجديد الحق المتنازع فيه[٢]. ومع ذلك فإن ترك فكرة التجديد الضروري بواسطة الخصومة لم يمنع أحداً مثل كيجاس من القول بأن الخصومة تنشئ إلتزاماً جديداً[٣]. ولكن لا تبدو أن هناك أية قيمة لمثل هذا القول. فعلى العكس نجد فقيهاً مثل بوتييه يقول "نحن لا نقول شيئاً عن التجديد الضروري بواسطة الخصومة، فإن مبادئ القانون الروماني في هذا الشأن، لم يعد لها إستعمال بيننا"[٤]. وفيما يتعلق بالحكم فإن بوتييه يدرس قوة الشيء المحكوم به مع أسباب إنقضاء

---

(١) ديجيست، ٤٥، ١، ٩٠.

(٢) جلاسون، أصول المرافعات الفرنسية، ١٨٨٢، ص ٨٦ – ٨٨.

(٣) مشار إليه في برودون، موسوعة حق الإنتفاع، والإستعمال، والسكنى، جـــ ٣، ١٨٢٤، ص ٢٧٠.

(٤) بوتييه، موسوعة الإلتزامات، ٣، ٢.

الإلتزام، دون أن يشير مع ذلك إلى الأثر التجديدي للحكم. والتقنينات الحديثة، لم تقل شيئاً، لا مع أو ضد فكرة التجديد الضروري، وسكوت التقنينات أدى إلى مناقشات وخلافات كثيرة بين الفقهاء. فالبعض لازال يتمسك بالنظريات الرومانية. والبعض الآخر يرفض هذا الإتجاه ويرفض فكرة التجديد الضروري بالكامل.

فمن ناحية نجد برودون، يجعل كل المرافعات المدنية قائمة على فكرة الخصومة Litiscontestatio. والخصومة في نظره إتفاق "ضمني ملزم للجانبين" يطلق عليه إسم "الصلح القضائي"، ومن مميزات هذا الإتفاق أنه "إتفاق جبري بحكم القانون". وهذا الإتفاق المفترض "هو إتفاق شرطي في أساسه"، لأن تنفيذه معلق على صدور حكم نهائي. وهكذا فإن الحكم لا يعدو أن يكون الشرط الواقف الذي يعلق عليه تنفيذ الإتفاق المكون للخصومة. وهكذا فإن برودون لا يتصور إلا نوعاً واحداً من التجديد، هو الذي يحدث بسبب الخصومة[١]. وهو يقول بأنه "يحدث بمقتضى إتفاق الخصومة الضمني تجديد لإلتزامات الأطراف، فقد اتفق الأطراف بمقتضى هذا الإتفاق على تنفيذ الحكم الذي سيصدر لحل النزاع بينهم. وسيحل هذا الحكم محل كل المستندات السابقة"[٢].

والواقع أن أفكار بردون، لا تتفق مع القانون الروماني، لا في مرحلة الإجراءات الشكلية، التي كان يحدث فيها تجديدان متتابعان بواسطة الخصومة، ثم بواسطة الحكم، ولا في المرحلة الأخيرة في عصر جستنيان، حيث كان يحدث تجديد واحد بواسطة الحكم. وكذلك

---

(١) برودون، موسوعة حق الإنتفاع، المرجع السابق، ص ٢٧٠ – ٢٧٦.

(٢) برودون، المرجع السابق، ص ٢٧٠.

فإن برودون قد أساء إستخدام فكرة الإتفاق، وفكرة الشرط على السواء.

ولذلك نرى فقيهاً أخر هو روتير، يذهب إلى حدوث تجديدين، أحدهما بواسطة الخصومة، والأخر بواسطة الحكم، الذي يؤدى على حد قوله إلى "إستهلاك التجديد الذي حدث من قبل بواسطة الخصومة"(١).

وإذا رجعنا إلى فقيه أخر من فقهاء القرن التاسع عشر، وهو لارومبيير، نجده يتحدث عن تجديد واحد فقط يتم بواسطة الحكم. فهو يقول أن "الحكم عندما يحوز قوة الشيء المحكوم به فإنه يحدث تجديداً في الحق أو الإلتزام الذي أكد وجوده. فيحل حق أو إلتزام جديد، محل الحق أو الإلتزام الذي تم الإعتراف به". ويرجع لارومبيير دائماً إلى النصوص الرومانية، ولكنه يستخلص منها نتائج غير سائغة. فهو يقول "لكن هذا التجديد لا يشبه أبداً التجديد المشار إليه في المادة ١٢٧١ وما بعدها. فهو لا يؤدي أبداً إلى إنقضاء الإلتزام. بل أبعد من ذلك فهو يؤدي إلى تأكيده. لأنه كما قال الفقيه الروماني بول أننا لا نلجأ إلى القضاء لنجعل مركزنا أسوأ مما قبل، بل لنجعله أفضل"(٢).

والصحيح أننا لا نستطيع الحديث عن التجديد، دون تأكيد إنقضاء الإلتزام القديم. فهذا الأثر هو من صميم جوهره فكرة التجديد. وقد أكد الفقيه جايوس أن الحكم يؤدي إلى إنقضاء الإلتزام الأصلي. أما النص الخاص بالفقيه بول فهو يتعلق بالتأمينات والتوابع، وليس بالإلتزام

---

(١) روتير، دروس في المرافعات المدنية الفرنسية، باريس، ١٨٣٤، ص ١٢١.

(٢) لارومبيير، النظرية والتطبيق في الإلتزامات، جـ ٥، باريس ١٨٥٧ ص ٣٢٣.

الأصلي ذاته. وإلا فكيف يمكن أن نتصور تجديداً بدون إنقضاء الإلتزام القديم؟

ومع ذلك فإننا نجد ديمولومب يسير على نهج لارومبيير، ويقول "الفقه الروماني لازال صحيحاً في هذا الشأن ونحن نستطيع القول أيضاً، أن الشيء المحكوم به، يحدث أيضاً في الفقه الفرنسي، هذا النوع الخاص من التجديد، الذي مع المحافظة على الإلتزام السابق وتوابعه، يضيف إليه إلتزاماً جديداً ومستنداً جديداً. والمصدر الذي ينشأ عنه الحكم،هو الإتفاق القضائي،أو الخصومة Litiscontestatio"(١). والواقع أن ديمولومب لم يكن شارحاً ملخصاً للقانون الروماني، رغم رجوعه إليه.

أما أوبري ورو، فهما يستبعدان الأثر التجديدي للخصومة، ولكنهما يؤكدان الأثر التجديدي للحكم. "فالأحكام التي تؤكد وجود دين أو إلتزام، تحدث تجديداً" بمعنى أنه بالنسبة للمستقبل فإن الشيء المحكوم به يصبح هو مصدر الإلتزام. وهذا التجديد له خصوصية، في أنه لا يؤدي إلى إنقضاء الإلتزام القديم مع توابعه، بل على العكس يؤكده ويقويه"(٢).

وهكذا فإن أوبري ورو ينضمان إلى لارومبيير وديمولومب، في القول بفكرة التجديد بدون إنقضاء الإلتزام القديم.

وقد أخذ ديجي، وهو من فقهاء القانون العام، بفكرة "التجديد الناشئ عن الحكم"(٣). وكذلك أخذ جوليان، وهو من فقهاء القانون العام أيضاً

---

(١) ديمولومب، محاضرات في تقنين نابليون، جـ٣٠ ، ١٨٧٩، ص ٣٦٢.

(٢) أوبري ورو، القانون المدني الفرنسي، طبعة ٤، جـ٨، ١٨٧٩، ص ٤٠٠.

(٣) ديجي، موسوعة القانون الدستوري، جـ ٢ طبعة ٣، ١٩٢٧ – ١٩٢٨، ص ٤٦١.

بفكرة التجديد بواسطة الحكم دون أن يؤدي التجديد مع ذلك إلى إنقضاء الإلتزام القديم، متابعاً في ذلك أفكار فقهاء القانون المدني. "لأنه من الصعب، كما يقول، الإعتراف بإنقضاء الإلتزام الأول، فالأثر التجديدي يقتصر فقط على إنشاء حالة قانونية جديدة نتيجة للحكم، وبسبب فكرة الجزاء"(١).

ومع ذلك فإن جوليان كان صادقاً في القول بأن ما يقول به يخالف النظام الروماني.

وقد أخذ بعض فقهاء المرافعات بفكرة التجديد الناشئ عن الحكم.

ومن هؤلاء جابيو، الذي يقول لا ينبغي الإعتقاد مع ذلك بأن الحكم يحدث كل أثار التجديد، فإن التجديد القضائي لا يؤدي إلى إنقضاء الإلتزام القديم وتوابعه، بل على العكس فإنه يؤكد هذا الإلتزام ويقويه(٢).

وعلى خلاف كل الفقهاء السابق ذكرهم، والذين يأخذون بشكل أو بأخر بأفكار القانون الروماني عن التجديد بسبب الحكم، فإنه يوجد إتجاه أخر في الفقه، يرفض تماماً الأخذ بفكرة التجديد القضائي. فنجد ميرلان، يقول أننا لم نفكر أبداً في تطبيق هذه المبادئ بيننا(٣).

ومن ناحية أخرى فإن محكمة النقض الفرنسية تؤكد أن "الحكم أو الإتفاق، الذي يحدد بمبلغ معين، مجموعة إلتزامات سابقة، بعيداً عن

---

(١) ريمون جوليان، التصرف القضائي وقوة الشيء المحكوم به، رسالة ، بوردو، ١٩٣١، ص ١٦٧.

(٢) جابيو، المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٣، ١٩٣٥، ص ٤٩٣.

(٣) ميرلان، الموسوعة العامة للقضاء، طبعة ٥، جـ ٢، التجديد.

أن يؤدي إلى تجديد هذه الإلتزامات، فإنه على العكس يعترف بها ويؤكد وجودها"[١].

وبالمثل فإن جلاسون وموريل وتيسييه يعلنون رفضهم لفكرة التجديد القضائي. ففكرة الـ Litiscontestatio كما يقول جلاسون "لم تدخل في قانون المرافعات"[٢]. وبالنسبة للحكم فإنه لا يحدث "أي تجديد"[٣].

وكذلك فإن جارسونيه وسيزار برو، يرفضان فكرة التجديد القضائي، بإعتبارها "مصطنعة وتحكمية"[٤].

والواقع أنه كما يلاحظ الأستاذ بيير رينو، فإن هذا الإتجاه الرافض لفكرة التجديد القضائي تبدو غالبة في الفقه الفرنسي[٥].

٧ – الخلاصة:

١– تطور فكرة التجديد على مدى التاريخ، يبين بوضوح، أن التجديد لا يعدو أن يكون حلول إلتزام جديد محل إلتزام قديم. ولا يؤثر في جوهره كذلك ما قد تترتب عليه من آثار وسواء أدى إلى إنقضاء التأمينات والتوابع أو لم يحدث هذا الأثر.

٢– تطور الأفكار عن التجديد مرتبط إلى حد كبير بتطور نظرية الإلتزام. فعندما كان القانون الروماني شكلياً، كان التجديد الإتفاقي

---

(١) نقض ٢٦ أبريل ١٨٨٠، س ٨١، ١، ١٥٢.

(٢) جلاسون، مصادر المرافعات الفرنسية، المرجع السابق، ص ٨٨.

(٣) جلاسون وموريل وتيسييه ، الموسوعة النظرية والعملية للنظام القضائي طبعة ٣، جـ ٣، ١٩٢٩، ص ٨٧.

(٤) جارسونيه وسيزار بور، الموسوعة النظرية والعلمية للمرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٣، ج ٣ ، ١٩١٣، ص ٤٨٢.

(٥) التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة، دراسات في القانون المعاصر، جـ ٢، ١٩٥٩، ص٣٧٨.

شكلياً. وبظهور الرضائية في العقود، فإن التجديد الإتفاقي أصبح هو أيضاً رضائياً.

٣- ومن المؤكد أن كل الأحكام في ظل الإجراءات الشكلية للمرافعات في القانون الروماني كانت منشئة ومجددة ومصادر للإلتزام.

٤- القوة التجديدية أو المنشئة للحكم لا علاقة لها بفكرة السلطة البريتورية للقضاة.

فهذه الفكرة الأخيرة ترجع إلى مصادر القانون الوضعي، حيث كان القاضي يجمع بجانب وظيفته القضائية، سلطة سياسية تسمح له بخلق القانون، وهي ما يطلق عليه إسم السلطة البريتورية. وهذه لا علاقة لها إطلاقاً بالأثر التجديدي أو المنشئ للحكم القضائي.

٥- ذكرنا أن الفقيه ميرلان يرفض الأخذ بالأفكار الرومانية عن الأثر المنشئ للحكم في الإلتزامات، ومع ذلك فهو يأخذ بما يسميه الأثر المنشئ للحكم في مسائل الحالة المدنية. وهكذا تبدو فكرة الأثر المنشئ قابلة لتطبيقات من أنواع مختلفة.

وأخيراً فإن فكرة التجديد الضروري، هي فكرة متطورة، فلئن كانت الفكرة الرومانية عن التجديد الضروري، أصبحت موضع خلاف في القانون الحديث فإن هذا القانون يعرف أشكالاً أخرى للتجديد الضروري، في مسائل المسئولية، المدنية، العقدية والتقصيرية، وهذا ما سندرسه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني
التجديد الضروري في المسئولية المدنية
في القانون الحديث

دراسة التجديد الضروري في القانون الحديث، تبدو مثيرة للغاية. لأنه بالرغم من إنعدام الصلة التاريخية بين الأفكار الحديثة، والقانون الروماني، إلا أن نظرية التجديد الضروري تبدو واحدة في كل من النظامين، حيث تجمعهما فكرة أن الخصومة تؤدي إلى إنقضاء الحق المتنازع عليه، ونشأة حق جديد يحل محله.

ومن ناحية أخرى فإن فكرة التجديد الضروري في القانون الحديث، يأخذ بها فقهاء لا يجمعهم إتجاه فقهي واحد مثل بلانيول وديجي وكلسن ومازو وغيرهم. وهكذا فإن ظهور الفكرة من جديد بطريقة تلقائية، وإتفاق فقهاء من إتجاهات متعارضة عليها، يدعو للإعتقاد بأن الفكرة ولا شك تستجيب إلى منطق معين.

وندرس فيما يلي بالترتيب التجديد الضروري في مجال المسئولية العقدية، ثم في مجال المسئولية التقصيرية.

المطلب الأول
التجديد الضروري في نطاق المسئولية
العقدية في القانون الحديث

التجديد الضروري هو أساس أهم النظريات الفقهية والقضائية في مجال المسئولية العقدية. وتتفق هذه النظريات حول فكرة أن المسئولية تنشئ إلتزاماً بإصلاح الضرر. وهذا الإلتزام هو إلتزام جديد يحل محل الإلتزام القديم الناشئ عن العقد. ومع ذلك فهذه النظريات تختلف في تحديد اللحظة التي يتم فيها الحلول: عدم تنفيذ الإلتزام العقدي، الإعذار، رفع الدعوى، أو الحكم.

وكذلك فلا يوجد إتفاق على شرح وتبرير هذا الحلول. وسندرس فيما يلي هذه النظريات بمراعاة إعتبارات التعاقب الزمني. ومع ذلك فينبغي أن نلاحظ إبتداء، بأن المشكلة غير مطروحة في الفقه المصري[١].

٨ – التجديد الضروري عند مورلان وماركاديه:

يمكن القول بأن هذين الكاتبين، هما أول من نادى بفكرة التجديد الضروري في نطاق المسئولية العقدية. فإذا كانت المادة ١٣٠٢ من تقنين نابليون تشير إلى إنقضاء الإلتزام في حالة هلاك الشيء محل الإلتزام، فإنها تقصد بذلك الهلاك لسبب أجنبي لا ينسب إلى المدين. ومع ذلك فإن هذين الكاتبين أخذا بفكرة إنقضاء الإلتزام حتى في حالة الهلاك الذي ينسب إلى المدين. ولكن في هذه الحالة الأخيرة فإن الإلتزام القديم الذي انقضى، يحل محله إلتزام جديد، هو الإلتزام بتعويض الضرر، وكما يقول مورلان "إذا هلك الشيء بفعل المدين أو بخطأ المدين، سواء قبل الإعذار أو بعده، فإن الإلتزام ينقضي، ولكن إلتزاماً جديداً يحل محله، هو الإلتزام بتعويض الدائن عن ضياع حقه. فالإلتزام القديم يتحول هكذا إلى إلتزام بدفع مبلغ التعويض"[٢].

أما ماركاديه، فهو يقول نفس الشيء "ففي كل الحالات التي يكون فيها محل إلتزامي شيئاً معيناً بالذات، ويحدث ما يضعني في موقف الإستحالة المطلقة في أن أسلم لك هذا الشيء، فإنه من الواضح دون

---

(١) بحسب علمنا فإن الفقهاء الوحيدين الذين يشيرون إليها هم، أكثم الخولي، التعويض العيني في القانون الفرنسي والقانون المصري، رسالة، باريس، الصفحات ٥٣، ٥٤، ٦١، ٦٢؛ إسماعيل غانم، أحكام الإلتزام، ١٩٥٦، ص ٤١، هامش.

(٢) مورلان، تقنين نابليون، جـ ٢، باريس ١٨٦٦، فقرة ١٤٧١، ص ٧٥٨.

أي شرط آخر، ودون النظر فيما إذا كنت مسئولاً عن هذه الإستحالة أم لا، فإن طبيعة الأمور تحتم إنقضاء إلتزامي. ولكن إذا كان السبب الذي أدى إلى إستحالة تنفيذ إلتزامي، يرجع إلى فعلي أو خطئي، فإن التزماً بدفع مبلغ من النقود سيحل محل إلتزامي بإعطاء شيء معين بالذات، بينما في الحالة العكسية إذا حدثت الإستحالة بسبب أجنبي فإن إلتزامي ينقضي تماماً ولا ينشأ محله إلتزام أخر"(١).

وفيما يتعلق بالتأمينات الضامنة للإلتزام القديم، فإنها بحسب مورلان، تلحق بالإلتزام الجديد.

وإذا كان هذان الكاتبان قد حصرا حالات التجديد الضروري في إستحالة تنفيذ إلتزام محله شيء معين بالذات، فإن منطقهما يؤدي بالضرورة إلى القول بنفس الحل في كل حالات إستحالة التنفيذ، بغض النظر عن محل الإلتزام وهل هو إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل. وهذا هو بالضبط ما سيأخذ به فقهاء آخرون.

٩- التجديد الضروري ووحدة المسئولية المدنية العقدية: ليفيفر، ديشام، وجرانمولان:

يمكن الأخذ بفكرة التجديد الضروري في المسئولية العقدية دون حاجة إلى الأخذ بمبدأ وحدة المسئولية المدنية، فالإلتزام بالتعويض الذي سيحل محل الإلتزام العقدي الذي لم يتم تنفيذه، هو أيضاً إلتزام عقدي.

ولكن العكس ليس صحيحاً. فإذا أردنا الأخذ بمبدأ وحدة المسئولية المدنية، فلا بد أن نلجأ إلى فكرة التجديد الضروري. ومبدأ وحدة المسئولية المدنية يقوم على الفكرة التالية. عدم تنفيذ الإلتزام العقدي

---

(١) ماركاديه، شرح نظري وعملي لتقنين نابليون، جـ ٤، باريس ١٨٦٦، فقرة ٨٦٣، ص ٦٦٩.

المنسوب إلى المدين، يؤدي إلى إنقضاء هذا الإلتزام، ونشأة إلتزام جديد. وهذا الإلتزام الأخير هو بالضرورة إلتزام تقصيري مصدره خطأ المدين. "فكل خطأ كما يقول ليفيفر، هو خطأ تقصيري. أما الخطأ العقدي فلا وجود له"(١).

والتجديد هنا يحدث بتغيير في محل الإلتزام وفي مصدره. فمصدر الإلتزام القديم هو العقد، أما مصدر الإلتزام الجديد فهو الخطأ التقصيري أو العمل غير المشروع المنصوص عليه في المادة ١٣٨٢ من تقنين نابليون. وكما يقول ديشام، "فإن مصدر الإلتزام بالتعويض، ليس هو، ولا يمكن أن يكون شيء أخر غير الغش أو الخطأ"(٢). "فالمسئولية بالضرورة مسئولية تقصيرية" (٣)، كما يقول ليفيفر. وهذا هو مبدأ وحدة المسئولية.

ويلاحظ أنه إذا كان التجديد الضروري يحدث بتغيير المحل وتغيير السبب، فإن تغيير المحل، هو في الغالب الذي لفت نظر أنصار وحدة المسئولية إلى هذا المبدأ ذاته. فإذا كانت المسئولية تحدث بسبب إستحالة محل الإلتزام العقدي، فإن هذه الإستحالة، هي التي تؤدي إلى إنقضاء هذا الإلتزام، ونشأة الإلتزام الجديد الذي محله دفع التعويض لإصلاح الضرر. "فإذا كان تغيير المحل، كما يقول جرانمولان، لا يؤدي إلى تغيير الإلتزام، فإن أي تجديد، بتغيير المحل، لا يعتبر إذن

---

(١) ليفيفر، المسئولية، المجلة الإنتقادية، ١٨٦٦، ص ٤٩٤.

(٢) ديشام، الغش والخطأ في العقود، المجلة الإنتقادية، ١٩٨٠، ص ٢٧٧.

(٣) ليفيفر، المرجع السابق، ص ٤٨٥.

تجديداً"[١]. وإذا كان الإلتزام الجديد يختلف عن الإلتزام القديم في محله ومصدره، فإنه يحتفظ مع ذلك بضمانات وتوابع الإلتزام القديم. "وهذا هو نفس الحكم، كما يقول جرانمولان في التجديد الرضائي المنصوص عليه في المادة ١٢٧٨ من تقنين نابليون".

وجدير بالذكر أن جرانمولان لا يعرف شيئاً عن التجديد الضروري في القانون الروماني، والدليل على ذلك أنه يستشهد بالتجديد الرضائي في تقنين نابليون. ومع ذلك فإن فكرة التجديد الضروري هي التي يمكن أن تشرح مبدأ وحدة المسئولية الذي ينادي به.

١٠– التجديد الضروري ومبدأ وحدة الخطأ: بلانيول:

يشيد بلانيول في إحدى تعليقاته بأنصار مبدأ وحدة المسئولية، وخاصة جرانمولان. فنظريتهم كما يقول "تعتمد على ملاحظة لا يمكن أن توضع صحتها موضع الشك أو الإنكار"[٢]. وبهذا القول فإن نظرية وحدة المسئولية تكسب إلى جانبها النفوذ الكبير للأستاذ بلانيول. وبواسطته فإن النظرية تزداد وضوحاً وتكتسب أرضاً جديدة. فلا أحد يجهل بعد ذلك التعريف المشهور لبلانيول عن الخطأ. "الخطأ هو الإخلال بإلتزام قائم من قبل". وسواء كان هذا الإلتزام عقدياً أو قانونياً، فإن طبيعة الخطأ لا تتغير. وهكذا فإن بلانيول يعلن مبدأ "وحدة الخطأ". "فطبيعة الإلتزام الذي حدث الإخلال به، لا تؤثر كما يقول، على الخطأ ذاته"[٣].

---

(١) جرانمولان، مبدأ وحدة المسئولية، أو الطبيعة التقصيرية للمسئولية. رسالة رن، ١٨٩٢، ص ١١ و ص ١٦.

(٢) تعليق على حكم لمحكمة باريس بتاريخ ٨ فبراير ١٨٩٦، دالloز، ١٨٩٦، ٢، ٤٥٧.

(٣) بلانيول، موسوعة القانون المدني، جـ ٢، ١٩١٢، فقرة ٨٧٧، ص ٢٨٧. أضف فقرة ٨٩٠، ص ٢٩٣.

والخطأ هو دائماً مصدر للإلتزام. وتحت عنوان "خلق إلتزام جديد"، يدرس بلانيول آثار هذا الإلتزام. "وكل خطأ كما يقول، يؤدي إلى الإضرار بالغير، ينشئ على عاتق مرتكب الخطأ، إلتزاماً بتعويض المضرور. وهذا الإلتزام بدفع مبلغ التعويض، هو في المسئولية المدنية، الجزاء اللازم لكل الإلتزامات القانونية، وكذلك لكل الإلتزامات الإتفاقية. فالخطأ هو إذن واقعة منشئة لإلتزام جديد. ولا يفوت بلانيول أن يقيم التفرقة بين الإلتزام الناشئ عن الخطأ، والإلتزام السابق على الخطأ. محل الإلتزام الناشئ عن الخطأ هو تعويض الضرر الذي سببه الخطأ. وهذا الإلتزام متميز تماماً عن الإلتزام السابق الذي وقع الخطأ إخلالاً به. والمحل مختلف في الإلتزامين. فالإلتزام الأصلي يمكن أن يكون له أي محل: إعطاء، القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل. أما الإلتزام الناشئ عن الخطأ فمحله هو التعويض – وهو تعويض نقدي غالباً – عن الضرر الذي حدث بسبب عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي"[١].

فيوجد إلتزامان "متميزان تماماً" عن بعضهما البعض: الإلتزام العقدي الذي حدث الإخلال به، والإلتزام بالتعويض. ومن الواضح أن الإلتزامين لا يتعاصران، ولكنهما يتتابعان. فالإلتزام الجديد الناشئ عن الخطأ، يحل محل الإلتزام القديم الناشئ عن العقد. وهذه هي فكرة التجديد الضروري. فهذه الفكرة هي التعبير الفني عن "مبدأ حلول الإلتزام بالتعويض محل الإلتزام العقدي الذي لم ينفذ"[٢]، حتى ولو كان بلانيول لم يستخدم فكرة التجديد.

---

(١) بلانيول، المرجع السابق، فقرة ٨٩١، ص ٢٩٣.

(٢) بلانيول، تصنيف مصادر الإلتزام، المجلة الإنتقادية، ١٩٠٤، ص ٢٣١.

١١ـ التجديد الضروري وثنائية المسئولية: ديجي:

ديجي لا يوافق على مبدأ وحدة المسئولية المدنية. فالمسئولية العقدية تتعلق بما يسميه "قضاء الحقوق"، أي القضاء المستند إلى حق، بينما المسئولية التقصيرية تتعلق بما يسميه "قضاء القانون" أي القضاء الذي يستند إلى أحكام القانون مباشرة. وفي الحالتين فإن الحكم القضائي منشئ وخالق.

وديجي يهنئ نفسه لأنه استطاع أن يتخلص من تأثير أساتذة القانون المدني. وقبل أن يتخلص من هذا التأثير، كان قد انضم حسب قوله إلى الفكرة الخاطئة التي تقول بأن الأحكام كاشفة وغير منشئة[١].

ومع ذلك فإن هناك تفرقة هامة لابد من مراعاتها. ففي قضاء الحقوق فإن الحكم يكون منشئاً عن طريق التجديد. أما في قضاء القانون، فإن الحكم يكون منشئاً دون تجديد. وتبرير ذلك أمر سهل. فقضاء الحقوق بحسب تعريفه يفترض وجود مركز شخصي سابق. وهكذا فإن المركز الشخصي الذي خلقه الحكم يحل محل المركز الشخصي السابق على الحكم. وهذا هو التجديد.

أما قضاء القانون فهو يفترض بحسب تعريفه عدم وجود أي مركز شخصي سابق. فالقاضي يقوم فقط بحل مسألة من مسائل القانون. وهكذا فإن المركز الذي يخلقه الحكم في هذه الحالة لن يحل محل أي حق سابق، لم يكن وجود له على الإطلاق. فيكون الحكم منشئاً دون أن يكون مجدداً.

---

(١) ديجي، موسوعة القانون الدستوري، المرجع السباق، جـ ٢، الصفحات ٤٨٣، ٤٥٩، ٤٧٥.

ويترتب على ما سبق، أن الحكم في المسئولية العقدية هو حكم منشئ بطريق التجديد. ويقول ديجي "هذا تصرف قانوني جديد يحل محل التصرف القديم. ومنذ عهد قديم نتحدث عن التجديد بسبب الحكم. والمركز القانوني الجديد ليس له نفس محل المركز القديم.

وعلى سبيل المثال فقد كان هناك إلتزام بعمل، فيحل محله إلتزام بالتعويض"[١].

وعلى العكس ففي المسئولية التقصيرية، فإن المضرور لم يكن له حق قبل الحكم. فالعمل غير المشروع لا ينشئ حقاً. لأن الفعل المخالف للقانون لا ينشئ مركزاً قانونياً. ولكن "بعد الحكم، وفقط منذ لحظة صدور الحكم، ينشأ المركز القانوني"[٢]. فالحكم هنا منشئ دون تجديد.

ويتضح مما سبق أن فكرة التجديد يمكن تصورها دون حاجة إلى الأخذ بمبدأ وحدة المسئولية طبقاً لأفكار ديجي. ولكن العكس غير صحيح فإن مبدأ وحدة المسئولية لا يمكن الأخذ به دون الإعتماد على فكرة التجديد.

ويلاحظ أيضاً أن التجديد يمكن تصوره وقت صدور الحكم كما يقول ديجي، كما يمكن تصوره وقت الإخلال بالإلتزام وقبل صدور الحكم كما يقول ماركاديه، وليفيفر، وديشام، وجرانمولان، وبلانيول.

ومن الممكن أيضاً لمن يأخذ بمبدأ وحدة المسئولية، أن يأخذ بنوعي التجديد: ما يحدث وقت الإخلال بالإلتزام، وما يحدث بسبب الحكم. فالفكرة واحدة في الحالتين.

---

(١) ديجي، المرجع السابق جـ٢، ص ٤٦١.

(٢) ديجي، المرجع السابق، الصفحات ٤٨٥ – ٤٨٧.

ويلاحظ أخيراً أنه إذا كان ديجي قد تخلص كما يقول من تأثير أساتذة القانون المدني، إلا أنه عاد مع ذلك إلى أفكار الرومان.

١٢- التجديد الضروري، ووحدة مبدأ المسئولية وثنائية الصياغة لكل من المسئوليتين: مازو، تنك، مارتي ورينو.

نصل الآن إلى الفقه الفرنسي الحديث، حيث يبدو أن مبدأ وحدة المسئولية، قد تم إقراره بطريقة نهائية. وقد سبق أن ذكرنا أن مبدأ وحدة المسئولية لا يمكن تصوره بدون فكرة التجديد. والعكس غير صحيح.

وحسب آراء الأساتذة مازو وتنك، فإن المسئولية العقدية كالمسئولية التقصيرية، مصدر لإلتزام جديد. وكما يقولون "إذا كان العقد مصدراً للإلتزام، فإن عدم تنفيذ العقد، أي المسئولية العقدية، هي مصدر أخر للإلتزام. فعندما يتم إبرام عقد فإن إلتزاماً قد ولد، وهو إلتزام كل من الطرفين بتنفيذ الأداء الموعود به. فإذا لم يتم ذلك أو تم بطريقة سيئة، وعندما يوجد عدم تنفيذ كامل أو جزئي للعقد، تتكون رابطة قانونية جديدة، هي إلتزام المدين، أو المسئول عن الضرر بتعويض هذا الضرر".(١)

وهكذا فإن المادة ١٣٠٢ من التقنين المدني الفرنسي، المتعلقة بهلاك الشيء المستحق "لا تعدو أن تكون تطبيقاً للقاعدة الآتية: في كل مرة لا يتم فيها تنفيذ العقد، فإن الإلتزام الناشئ عن العقد يختفي، ويحل محله إلتزام جديد ... ويوجد هنا كما يقولون شيء قابل للمقارنة بفكرة

---

(١) هنري وليون مازو، وأندريه تنك، الموسوعة النظرية والعملية، للمسئولية المدنيـــة، طبعـــة ٥، جـــ ١، ١٩٥٧، ص ١٠٥.

التجديد"[١]. ويتم التجديد هنا بتغيير السبب والمحل. "لأنه إذا كان الإلتزام الأول ينشأ بالإرادة المشتركة للأطراف، فإن الإلتزام الثاني ينشأ خارج نطاق الإرادة. فالذي لم ينفذ العقد، يجد نفسه مديناً بالتعويض رغم إرادته. ومبلغ هذا التعويض يتحدد طبقاً لقواعد قانونية"[٢].

وقد أثارت نظرية الأساتذة مازو وتنك غضب الأستاذ دي لاماس، الذي يجهل فيما يبدو فكرة التجديد الضروري. ففي مقال بعنوان "غياب التجديد في إنحلال الإلتزام العقدي" نجده يهاجم نظرية الأساتذة مازو وتنك بقوله "هذه إساءة في إستعمال فكرة التجديد"[٣].

أما الاساتذة مازو وتنك فإنهم لم يفكروا إطلاقاً في إستخدام فكرة التجديد الرضائي. كما أنهم لم يكونوا متأثرين بفكرة التجديد الضروري في القانون الروماني. لذلك فإنهم يردون على الهجوم السابق بقولهم "نحن لا نقصد هنا إلا المقارنة، ولا نقول أبداً أنه يوجد تجديد (رضائي) بين الإلتزامين. هذا ما لم يفهمه الأستاذ دي لاماس، الذي نسب إلينا الأخذ بفكرة التجديد (الرضائي) ودرس هذه الفكرة دراسة إنتقادية".[٤]

---

(١) المرجع السابق، ص ١٠٥، و ١٠٧،

(٢) المرجع السابق، ص ١٠٥.

(٣) المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٣٢، ص ٤٨٣.

(٤) فكرة رضائية التجديد مفترضة في العبارة. راجع مازو وتنك، المرجع السابق، ص ١٠٧، هامش ٤.

وهكذا رغم هذا النقد، فإن الفقهاء الكبار يستمرون في إستخدام فكرة التجديد، لأنها الفكرة الوحيدة القادرة على التعبير عما يقصدوه. والتجديد هنا تجديد غير رضائي.

والتجديد يحدث قبل الحكم، وفي لحظة عدم التنفيذ كقاعدة عامة، فيما عدا الحالات الإستثنائية التي تنص فيها المادة ١١٤٦ على أن الإلتزام بالتعويض ينشأ عند الإعذار، أو عند الإعذار في شكل دعوى قضائية. وفي جميع الأحوال فإن الإلتزام الجديد، ينشأ قبل الحكم، وحتى قبل مرحلة الخصومة التي تقابل الـ Litiscontestatio في القانون الروماني. ولا يحدث أي تجديد أخر عند صدور الحكم فالحكم "لا يخلق شيئاً"[1].

ويذهب الأساتذة مازو وتنك إلى أن التجديد يحدث أيضاً، حتى ولو ظل من الممكن تنفيذ الإلتزام الذي حدث الإخلال به. وفي هذه الحالة فإن الإلتزام الجديد يشمل الإلتزام الأول، فالقاضي يستطيع أن يأمر المدين بتنفيذ الإلتزام الأول، في نفس الوقت الذي يحكم عليه فيه بالتعويض[2].

---

(١) مازو وتنك، المرجع السابق، جـ ٣، ص ٣٨٨، راجع أيضاً، ليون مازو، التفرقة بين الحكم المنشئ والحكم الكاشف، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٢٩، ص ٣٢.

(٢) مازو وتنك، المرجع السابق، جـ ١، ص ١٠٧، هامش ٤. وقد ذهب الدكتور أكثم الخولي في رسالته للدكتوراة، التعويض العيني في القانون الفرنسي والقانون المصري، رسالة، باريس ١٩٥٤، إلى أن العملية تتم في حالة إستخدام تنفيذ الإلتزام الأصلي. وهو يقول "توجد فترة تنفيذ إختياري أو جبري، وفترة تعويض عندما تنتهي الفترة الأولى. وتغيير محل الإلتزام هو الذي يكلفه حياتـه، ص ٥٣ و ص ٦١". ولكن يبدو أن نظرية الأساتذة مازو وتنك أكثر تماسكاً من نظرية الدكتور أكثم الخولي، لأن التجديد لا يحدث فقط بتغيير المحل، ولكن أيضاً بتغيير السبب. ومصدر الإلتزام الجديد هو الخطأ. والخطأ يتحقق بمجرد عدم التنفيذ. وبغض النظر عما إذا كان التنفيذ ظل ممكناً أو أصبح مستحيلاً.

وإذا كان الأساتذة الكبار يأخذون بفكرة التجديد عند نشأة المسئولية، ويرفضون التجديد عند صدور الحكم، فلهم هذا. لأنه من غير اللازم أن يأخذ الفقيه بالتجديد في المرحلتين. ومع ذلك فلا مبرر لما اشتهر به الأساتذة من عداء لفكرة الحكم المنشئ. لأن التجديد في المرحلتين لا يعدو أن يكون، كما سنرى فيما بعد، سوى الإجابة على السؤال الآتي: هل تؤثر المنازعة في الحق على وجوده؟

وأخيراً فإن مبدأ وحدة المسئولية، لا ينبغي أن يخفي ثنائية الصياغة القانونية لنوعي المسئولية. ولإثبات هذه الثنائية فإن الأساتذة الكبار يلجأون مرة أخرى إلى فكرة التجديد، فيقول الأساتذة "كون الإلتزام الذي ينشأ عن عدم التنفيذ متميز من الناحية المنطقية عن الإلتزام الناشئ عن العقد ذاته، أمر لا شك فيه. ولكن ينبغي ألا ننسى أنه توجد بين الإلتزامين رابطة قوية جداً. فأحدهما يحل محل الآخر.

والثاني لا يولد إلا بعد إنقضاء الأول. فيوجد شيء يمكن مقارنته بالتجديد"(١).

وفي تقديرنا أن فكرة التجديد لا تؤدي بذاتها إلى ضرورة الإنحياز إلى نظام معين للمسئولية، فهي متصورة في النظم الثلاثة السابق ذكرها: مبدأ وحدة المسئولية، أو مبدأ ثنائية المسئولية، أو مبدأ وحدة المسئولية وثنائية الصياغة القانونية.

وهكذا فقد رأينا من قبل أن جرانمولان قد لجأ إلى فكرة التجديد لشرح مبدأ الوحدة الكاملة للمسئولية. ولهذا لا يبدو من المفيد أن نلجأ إلى نفس الفكرة لرفض مبدأ الوحدة الكاملة وإقرار ثنائية الصياغة. ومبدأ ثنائية

---

(١) مازو وتنك، المرجع السابق، جـ ١ ص ١٠٧.

الصياغة يمكن شرحه ببساطة بملاحظة ما يقوله الأستاذان مارتي ورينو من أن "نطاق وصحة وفاعلية الإلتزام العقدي، تحدث أثراً بالضرورة، على نظام المسئولية العقدية"[١].

والأستاذان مارتي ورينو لا يتكلمان صراحة، لا عن التجديد الضروري، ولا عن حلول إلتزام محل إلتزام أخر، ومع ذلك فهما يأخذان بمبدأ وحدة المسئولية المدنية. وهذا المبدأ لا يمكن تصوره، كما رأينا من قبل دون الإعتماد على فكرة التجديد. وهما يؤكدان أن المسئولية العقدية مصدر للإلتزام الجديد على النحو الآتي: "واقعة عدم التنفيذ، كما يقولان، عندما تكون مصدراً لمسئولية المتعاقد، فإنها تخلق فعلاً مركزاً جديداً. والإلتزام بالتعويض ليس مرتبطاً بالضرورة في نطاقه مع الإلتزام الأصلي الذي حدث الإخلال به"[٢].

ومما لا شك فيه أن الإلتزام بالتعويض يحل محل الإلتزام العقدي الذي حدث الإخلال به. فالإلتزامان لا يجتمعان أبداً، لأن المسئولية لن تكون مصدراً لإثراء الدائن بالجمع بين إلتزامين.

١٣ـ التجديد الضروري ومبدأ وحدة الخطأ في إطار النظرية الخالصة للقانون: كلسن:

النظرية الخالصة للقانون هي الأرض المختارة لمبدأ وحدة المسئولية. فإذا كانت توجد ثمة صعوبة في الفقه التقليدي في القول بأن طبيعة الإلتزام الذي حدث الإخلال به وسواء كان قانونياً أو عقدياً، لا تؤثر إطلاقاً في طبيعة الخطأ ذاته. فإنه مع كلسن تختفي هذه الصعوبة تماماً فهو يرفض كل تفرقة من حيث الطبيعة بين الإلتزام القانوني والإلتزام

---

(١) مارتي ورينو، القانون المدني، باريس ١٩٦١ – ١٩٦٢، جـ ٢، ص ٣٣٣.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٣٢.

العقدي. فكل منهما جزء من النظام القانوني الوضعي. والفارق بينهما في الدرجة فقط. فبينما الإلتزام القانوني عام، فإن الإلتزام العقدي فردي. وفي لغة كلسن فإن إصطلاح القاعدة مطابق لإصطلاح الإلتزام. والقانون الوضعي هو نظام للقواعد القانونية أو نظام للإلتزامات القانونية. وتعريف الإلتزام هو الآتي: "يكون الشخص ملتزماً قانوناً بسلوك معين عندما يكون السلوك المعاكس قد وضع كشرط لتوقيع جزاء له صفة القهر"(١). فالقانون هو نظام للقهر، والخطأ أو العمل غير المشروع، هو شرط لتطبيق القانون وليس إنكاراً للقانون. والعقد ينشئ إلتزاماً فردياً. والمتعاقد ملزم بأن يسلك حسب الطريقة المحددة في العقد. فإذا لم يفعل ذلك، فإن إلتزاماً جديداً سيحل محل إلتزامه. وهو الإلتزام بتعويض الضرر. وبعد ذلك فإن الإلتزام بتعويض الضرر، سيحل محله إلتزام جديد يخلقه الجهاز المنوط به القهر وهو القاضي، فيوجد هنا حلولان، أو تجديدان متعاقبان. وتوجد ثلاثة مراحل متصورة: التنفيذ. أو التعويض، أو الجزاء.

فلنقرأ كلسن: "الشخص يقع عليه ليس فقط الإلتزام بألا يسبب بسلوكه ضرراً للغير، بل يقع عليه إلتزام أخر وهو أنه عندما يسبب ضرراً للغير، إخلالاً بإلتزامه الأول، أن يعوض الغير عن هذا الضرر. ويوجد هنا كما يقول، إلتزامان :الإلتزام الأصلي بعدم الإضرار بالغير. وإلتزام إحتياطي أو إلتزام بديل هو الإلتزام بإصلاح

---

(١) كلسن، النظرية الخالصة للقانون المدني، مترجم إلى الفرنسية بواسطة أيزنمان، باريس، داللوز، ١٩٦٢، ص ١٥٨.

الضرر. وهذا الإلتزام البديل يأخذ مكان الإلتزام الأصلي الذي وقع الإخلال به"[١].

وحتى الآن فإننا لم نصل بعد إلى فكرة الجزاء. "فالإلتزام بإصلاح الضرر كما يقول كلسن، ليس هو الجزاء، وإنما هو هذا الإلتزام. الإحتياطي الذي يحل محل الإلتزام الذي لم ينفذ"[٢].

وإذا لم ينفذ هذا الإلتزام الثاني بالتعويض، سننتقل إلى مرحلة الجزاء، وبالتالي خلق إلتزام ثالث يحل محل الإلتزام بالتعويض. وهو يقول "التنفيذ القهري، أي التعويض الجبري عن الضرر بواسطة الجهاز المختص بتطبيق القانون، يحدث فقط عند عدم تنفيذ الإلتزام بالتعويض"[٣]. وفي هذه المرحلة فإن الحكم سيكون مصدراً لإلتزام جديد، أو بتعبير أفضل سيكون هو هذا الإلتزام الجديد. وهذه هي فكرة أن الحكم قاعدة فردية. "فالقرار القضائي، كما يقول، أو القاعدة الفردية التي تأمر في حالة محددة بأن هذا الفرد (أ) يجب عليه تعويض الضرر الذي أصاب الفرد الآخر (ب) بأن يدفع له مبلغاً من النقود، ينشئ، أو بتعبير أدق، هو ذاته الإلتزام القانوني الفردي للفرد (أ) [٤].

وهكذا يبدو أن نظام كلسن شديد الشبه بالأفكار الرومانية. وأفكار بعض أساتذة القانون المدني التقليديين. ومع ذلك فيجب تأكيد أنه تشابه بالصدفة وبطريقة إستثنائية. لأن أفكار كلسن لا يمكن فصلها عن نظريته الخالصة للقانون.

---

(١) كلسن، المرجع السابق، ص ١٦٩.

(٢) كلسن، المرجع السابق، ص ١٦٩.

(٣) كلسن، المرجع السابق، ص ١٦٩.

(٤) كلسن، المرجع السابق، ص ١٥٨، ص ٣١٨ وما بعدها.

١٤- التجديد الضروري وقضاء محكمة النقض الفرنسية:

أتيحت الفرصة لمحكمة النقض الفرنسية لتعبر عن إتجاهها حول طبيعة المسئولية المدنية، بمناسبة قيامها بتحديد المقصود بجماعة الدائنين في الإفلاس. وقد وجد قضاءها إستقبالاً سيئاً من الجانب الأكبر من الفقه. وقد تم وصف هذا القضاء بأنه غامض، أو يدعو للصدمة، أو متناقض، أو مؤسف، ... الخ[١]. ومع ذلك فإن إنتقادات الفقهاء لم تحدث أثراً، وظلت محكمة النقض ثابتة في قضائها لا تهتز، حسب تعبير رئيس محكمة النقض بيان[٢]، مما دعا كبار الفقهاء إلى البدء في قبول الأمر الواقع. وهكذا نجد جورج ريبير يؤكد ضرورة إعادة النظر في فكرة المسئولية العقدية[٣].

والواقع أنه لا توجد أية صعوبة في فهم وتحليل أحكام محكمة النقض. فالمحكمة لا تعطي أي جديد في الموضوع. وأفكارها تتفق بطريقة رائعة مع النظريات الفقهية التي سبق أن درسناها. وربما تكون نظرية أحد الفقهاء، أكثر تنسيقاً من نظرية القضاء. وهذا أمر طبيعي يرجع من ناحية إلى تعدد الأشخاص الذين يسهمون في وضع القضاء[٤]، ويرجع

---

(١) ليون كان، تعليق على نقض عرائض ١١ أبريل ٩٠٧، سيري، ١٩٠٧ ، ١، ٣٤٤ . إسمان آثار أحكام القضاء على الإعتراف وإنشاء الحقوق، رسالة باريس، ١٩١٤، ص ١٥٧؛ شيرون، تعليق على نقض عرائض ٢ إبريل ١٩٤١، داللوز، ١٩٤٤، ٤٣؛ موريل، التعويض المستحق على تاجر، مجلة الإفلاس والتصفية القضائية، جـ ٢، ١٩٣٧، ص ٣٥٥.

(٢) بيان، تعليق على نقض عرائض، ٢ إبريل ١٩٤٢، جيرس كلاسير، ١٩٤٣، ٢، ٢٠٩٦.

(٣) جورج ريبير، تعليق، نقض مدني، قسم تجاري، ٢ ديسمبر ١٩٤٧، داللوز ١٩٤٨، ٥٧٧.

(٤) يذهب الفيلسوف ديكارت إلى أهمية أن يعهد بوضع القانون إلى شخص واحد راجع، ديكارت، خطة المنهج، طبعة ١٩٦٢، باريس، ص ١٨.

من ناحية أخرى إلى أن القضاء يهتم أكثر بتحقيق العدل ولو على حساب المنطق القانوني.

وبصفة أولية فإن محكمة النقض الفرنسية تأخذ بمبدأ وحدة المسئولية المدنية. فالإخلال بإلتزام سابق يؤدي إلى إنشاء إلتزام جديد، هو الإلتزام بإصلاح الضرر. وفيما يتعلق بصياغة نوعي المسئولة فإنها تقيم التفرقة الآتية: إذا كان الخطأ العقدي عادياً فإنها تأخذ بمبدأ ثنائية الصياغة للمسئوليتين العقدية والتقصيرية. أما إذا كان الخطأ العقدي جسيماً فإنها تأخذ بمبدأ وحدة الصياغة للمسئوليتين، على الأقل فيما يتعلق بتأثير الخصومة على الحق، والتفرقة بين الحالتين يمكن التعبير عنها بواسطة فكرة التجديد الضروري، ففي حالة المسئولية العقدية القائمة على خطأ عادي، كما لو تعلق الأمر بمجرد عدم تنفيذ العقد، فلا يوجد غير تجديد واحد، وهو ما حدث في لحظة عدم التنفيذ. أما إذا كان الخطأ جسيماً، فإنه يوجد حينئذ تجديدان: الأول يحدث كما في الفرض السابق في لحظة إجتماع عناصر المسئولية، والثاني يحدث بواسطة الحكم. فالحكم يباشر في هذا الفرض الثاني تأثيراً كبيراً على الإلتزام بالتعويض الذي نشأ عن الخطأ بطريقة تؤدي إلى تحويله إلى إلتزام جديد.

ولنواجه الآن الفرض الأول، إذا كان الخطأ عادياً، فإنه ينشئ إلتزاماً جديداً، هو الإلتزام بتعويض الضرر. وهذا الإلتزام يحل محل الإلتزام العقدي الذي وقع الإخلال به، وينشأ من يوم تحقق الضرر. والحكم الذي يصدر بعد ذلك يقوم فقط بالكشف عنه ولا يحدث أي تأثير على وجوده. ويكون هذا الحكم كاشفاً وليس منشئاً.

وهكذا إذا كان مصدر الإلتزام بالتعويض وهو الخطأ سابقاً على الصلح في حالات الإفلاس، فإن الصلح يحتج به في هذه الحالة على

الدائن في هذا الإلتزام. كما تقول محكمة النقض الفرنسية، "وحيث أن الدين المعترف به للآنسة لاتيج نشأ عن خطأ مرتبط إرتباطاً لا يقبل الإنفصام بعقد سابق على الإفلاس، وما وقع الخطأ إلا إخلالاً بهذا العقد، وما كان وقوعه متصوراً بدون إبرام هذا العقد، فإنه يترتب على ذلك أن هذا الدين يدخل مع غيره من ديونه في جماعة الدائنين[1].

ويمكن أن نستخلص من هذا الحكم ما يأتي:

١- الخطأ العقدي لا يعدو أن يكون إخلالاً بإلتزام عقدي، وهو لا يمكن فصله عن العقد ذاته. وهذه هي فكرة ثنائية الصياغة لكل من المسئوليتين، أو إحدى معاني هذه الفكرة.

٢- هذا الخطأ مصدر لإلتزام جديد. فالإلتزام كما تقول محكمة النقض ينشأ عن الخطأ. والإلتزام الجديد يحل بطبيعة الحال محل الإلتزام العقدي الذي وقع الإخلال به.

٣- الإلتزام الذي نشأ عن الخطأ يستمر حتى بعد صدور الحكم. والحكم لا يحول هذا الإلتزام إلى إلتزام جديد. ولذلك ينبغي النظر إلى تاريخ هذا الإلتزام وليس إلى تاريخ الحكم، لتحديد جماعة الدائنين فالحكم سيكون في هذه الحالة كاشفاً وليس منشئاً، فهو لم يحدث تجديداً للإلتزام.

وقد تأكد حكم محكمة النقض المشار إليه، بحكم أخر مشهور مثله، ويعلن هذا الحكم الأخير بوضوح مبدأ ثنائية الصياغة لكل من المسئوليتين. وفي هذا الحكم تقول غرفة العرائض "ومن ناحية أخرى إذا كان الإلتزام بدفع تعويض تقصيري أو شبه تقصيري لا يخضع لقانون الصلح...، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة للإلتزام بالتعويض لعدم تنفيذ

---

(١) نقض مدني، ٦ ديسمبر ١٩٣٧، مجلة القانون التجاري، ١٩٣٨، ص ٧٠٠ تعليق هيمار.

إلتزام عقدي، وهو إلتزام ينشأ عن خطأ مرتبط إرتباطاً لا يقبل الإنفصام مع عقد من العقود، ويدخل في ديون جماعة الدائنين... إذا كان سببه وهو عدم تنفيذ العقد سابقاً على الصلح"(١).

والإلتزام المشار إليه في هذا الحكم، ليس مصدره العقد، ولكن مصدره هو عدم تنفيذ العقد، فالإلتزام بتعويض الضرر يحل محل الإلتزام العقدي الذي لم ينفذ. ويظل هذا الإلتزام قائماً حتى بعد صدور الحكم به. فالحكم لا يحوله إلى إلتزام جديد.

والحكم ليس مجدداً وليس منشئاً. وينبغي دائماً الرجوع إلى تاريخ عدم التنفيذ، وليس إلى تاريخ الحكم، لتحديد جماعة الدائنين.

أما إذا كان الخطأ جسيماً، فإن الأمر يختلف، ويصبح الحكم في هذه الحالة مجدداً ومنشئاً. والإلتزام بدفع التعويض ينشأ عن الحكم. ويرجع في تاريخه إلى صدور الحكم، ولا يدخل بالتالي في مجموعة الديون إذا كان الصلح سابقاً على صدور الحكم. وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض الفرنسية "حيث أن الحكم المطعون فيه قرر أن عدم تنفيذ الوكالة يشكل خطا جسيماً ... وإن محكمة الإستئناف قد قررت أن الإلتزام لم يكن له وجود مؤكد إلا من تاريخ الحكم الذي اعترف به... فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"(٢).

وبغض النظر عما إذا كان من المناسب إعتبار الحكم في هذه الحالة مصدراً لإلتزام جديد أم لا، وسواء كان من المناسب إقامة التشابه أو عدم

---

(١) نقض عرائض، ٢ إبريل ١٩٤١، جيرس كلاسير، ١٩٤٣، ٢، ٢٠٩٦، تعليق بيان؛ وكذلك داللوز، ١٩٤٤، ٤٣ تعليق شيرون.

(٢) نقض مدني، قسم تجاري، ٣ ديسمبر ١٩٤٧. داللوز ١٩٤٨، ٥٧٧، تعليق جورج ريبير، جيرسي كلاسير، ١٩٤٨، ٢، ٤٢٦٩، تعليق بيكيه،

التشابه بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية على أساس مدى جسامة الخطأ، وهي فكرة مهجورة منذ وقت طويل، فإن معنى حكم محكمة النقض الفرنسية واضح لا شك فيه.

وتنبغي ملاحظة أن الحكم لا يخلق هذا الإلتزام من العدم فأساس هذا الإلتزام كما تقول المحكمة هي المادة ١٩٩٢ من التقنين المدني الفرنسي التي تقرر مسئولية الوكيل عن أخطائه. وهذا يعني أن الإلتزام المؤكد بدفع التعويض والذي نشأ عن الحكم، قد سبقه إلتزام آخر بإصلاح الضرر نشأ عن الخطأ في عدم تنفيذ عقد الوكالة، فالأساس يتعلق إذن بتجديدين متتابعين: الأول بسبب عدم التنفيذ، والثاني بواسطة الحكم.

والحكم موضوع التعويض قد يبدو وكأنه مجرد تأكيد لحكم النقض الصادر في ٢٠ يناير ١٩٣٢[١]. ومع ذلك فإن هذا الحكم الأخير لا يقيم أدنى تفرقة مستمدة من جسامة الخطأ، وقد دفع هذا ببعض المعلقين إلى القول بأن كل الأحكام الصادرة في موضوع المسئولية سواء كانت عقدية أو تقصيرية هي أحكام منشئة لإلتزامات جديدة.

فكما يقول موريل "في كلمة واحدة، الحق في التعويض، يولد يوم صدور الحكم الذي قرره، بدون أن نفرق بين الخطأ العقدي والخطأ التقصيري"[٢].

---

(١) سيري، ١٩٣٢، ١، ١٠٥، تعليق، تعليق روسو.

(٢) موريل، التعويض المستحق على التاجر، وخاصة بسبب عمل غير مشروع سابق على إفلاسه، مجلة الإفلاس جـ ٢، ١٩٣٧، ص ٣٤٦؛ وفي نفس المعنى دنريه، طبيعة الأحكام الصادرة بالتعويض، المجلة الإنتقادية للتشريع والقضاء، ١٩٣٧، ص ٣٩٨ وما بعدها.

ومع ذلك فإنه يجب بعد صدور حكم ٢ ديسمبر ١٩٤٧، مراعاة التفرقة التي أقامها هذا الحكم داخل المسئولية العقدية، بين الخطأ الجسيم والخطأ غير الجسيم.

ونلاحظ أخيراً أن أول حكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية مؤكدة فيه الطبيعة المنشئة للحكم بالتعويض كان قد صدر في نطاق المسئولية العقدية(١).

وبإختصار، ففي الحالات التي يكون فيه الخطأ العقدي عادياً، يحدث تجديد واحد عند إجتماع عناصر المسئولية. ويكون الحكم في هذه الحالات كاشفاً عن الإلتزام الذي نشأ بسبب الخطأ. أما إذا كان الخطأ العقدي جسيماً، فإنه يحدث تجديد ثان بواسطة الحكم الذي ينشئ في هذه الحالة إلتزاماً جديداً. وسواء كان هناك تبرير لهذا القضاء أم لا، فهذا هو المعنى الصحيح للقضاء الفرنسي في هذه المسألة.

وننتقل الآن إلى دراسة التجديد الضروري في نطاق المسئولية التقصيرية.

---

(١) عرائض، ٦ يوليو ١٨٥٧، داللوز العملي، ١٩٥٨، ١، ٤٤٠؛ أنظر في الطبيعة العقدية للنزاع، دنريه المرجع السابق، ص ٣٩٨؛ هيمارء التعليق السابق، ص ٧٠٥.

المطلب الثاني
التجديد الضروري في نطاق
المسئولية التقصيرية في القانون الحديث

١٥- الإلتزامان:

التحليل الصحيح للقانون المدني الفرنسي لا يمكن أن يغفل الحقيقتين التاليتين: أولاً العمل غير المشروع مصدر للإلتزام بالتعويض. وثانياً الحكم بالتعويض هو مصدر الإلتزام بدفع التعويض المحكوم به. والحقيقة الأولى يؤكدها التقنين والقضاء. أما الحقيقة الثانية فيؤكدها القضاء. وإنكار أي من هاتين الحقيقتين هو إنكار للقانون الوضعي. أما الإعتراف بالحقيقتين. فيعني الإعتراف بالتجديد الضروري في موضوع المسئولية التقصيرية فالإلتزام بدفع التعويض الناشئ عن الحكم، يحل محل الإلتزام بإصلاح الضرر الناشئ عن العمل غير المشروع.

والحقيقة الأولى لم يشكك فيها أحد، فالمادة ١٣٨٢ من تقنين نابليون، المقابلة للمادة ١٦٣ من التقنين المدني المصري، تؤكد بوضوح أن الخطأ التقصيري ينشئ الإلتزام بتعويض المضرور. والقضاء الفرنسي لم يفكر أبداً في إنكار هذه الحقيقة.

وأحد الأحكام الأولى التي أكدت الطبيعة المنشئة للحكم بالتعويض، أكدت أيضاً بوضوح "أن دعوى التعويض تستند في سببها الأول إلى جريمة التزوير أو إستعمال الأوراق المزورة"(١).

والحكم الأول في الموضوع، حتى وإن كانت لغته غامضة إلى حد ما، فإنه يؤكد أن "الفعل هو الذي يؤدي إلى إنشاء الإلتزام"(١). ويؤكد حكم

---

(١) نقض مدني، ٢٢ أكتوبر ١٩٠١، داللوز العملي، ١٩٠١، ١، ٥٢٧.

آخر هام نفس المبدأ بقوله "إلتزام الشركة بالتعويض بسبب الخطأ، يرجع إلى تاريخ وقوع الحادث"[٢]. وكذلك فإن حكم ٢ أبريل ١٩٤١ يؤكد أن الخطأ التقصيري يكون "الواقعة التي أنشأت الإلتزام بالتعويض"[٣].

ولذلك فإن محكمة النقض الفرنسية لا تستحق النقد الذي وجهه إليها بعض الفقهاء من أنها "نسيت أن الجريمة وشبه الجريمة مصادر للإلتزام، مثل العقد وشبه العقد"[٤]. والصحيح أن محكمة النقض الفرنسية تعترف دائماً بالعمل غير المشروع كمصدر للإلتزام. ولكن من الصحيح أيضاً أنها تؤكد الطبيعة المنشئة للحكم الصادر بالتعويض.

وهكذا فإن حكم ١٩ يناير ١٨٩٨ يؤكد أن الإلتزام لم "ينشأ" قبل الحكم. وحكم ٢٢ أكتوبر ١٩٠١ يؤكد أن الدائن لم يكن "له سند للدين أو حق معترف به" قبل الحكم. ونجد نفس العبارة أيضاً في حكم ١١ أبريل ١٩٠٧. وحكم ٢٩ أكتوبر ١٩٣٠ يعلن أيضاً أن الدين "لا يوجد إلا من تاريخ الحكم"[٥].

والواقع أن عبارة "أي سند للدين وأي حق معترف به، أصبحت الآن عبارة تقليدية. ولا يوجد أحد لم يفهم المعنى الحقيقي الذي يقصده القضاء بخصوص الطبيعة المنشئة للحكم. وأعداء هذا القضاء هم أول من

---

(١) عرائض، ١٩ يناير ١٨٩٨، داللوز العملي، ١، ٤٧٣، مع تقرير المستشار مارينو؛ داللوز العملي، ١٨٩٩، ١، ٥ تعليق ليون كان، أما حكم ٦ يوليو ١٨٥٧ فهو يتعلق بالمسئولية العقدية.

(٢) عرائض ١١ أبريل ١٩٠٧، سيري، ١٩٠٧، ١، ٤٣٣.

(٣) عرائض ٢ أبريل ١٩٤١، جيرس كلاسير، ١٩٤٣، ٢، ٢٠٩٦، تعليق بيان.

(٤) ليون كان، تعليق على نقض عرائض، ١٦ ديسمبر ١٨٩٦، و ١٩ يناير ١٨٩٨، داللوز العملي، ١٨٩٩، ١، ٥؛ ليون مازو؛ التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة للحقوق، المرجع السابق، ص ٣١ – ص ٣٢.

(٥) عرائض، ٢٩ أكتوبر ١٩٣٠، داللوز، ١٩٣٠، ١، ١٤٨ مع تقرير المستشار بيلون.

يعترف بهذا المعنى. ومن المحتمل أن وضوح هذه الحقيقة وهي أن الحكم مصدر للإلتزام. قد أخفت الحقيقة الأخرى وهي أن العمل المشروع هو أيضاً مصدر للإلتزام. خاصة إذا كنا لا نرى إلا إلتزاماً، له مصدر واحد بطبيعة الحال.

وهكذا نجد الأستاذ إسمان، أحد أعداء فكرة الحكم المنشئ، ليس فقط في مجال المسئولية التقصيرية، بل فكرة الحكم المنشئ في ذاتها، والتي يرى فيها "وسيلة للصياغة سيئة المستوى"[١]، يعترف مع ذلك أن كلمة "سند" في هذه الأحكام لا تعني "وسيلة إثبات" وإنما تعني مصدر الحق"[٢].

والواقع أنه رغم معارضة الفقه، فإن أحداً لم يحاول إنكار ما يقصده القضاء أو يحاول أخذه على غير معناه الحقيقي. ومنذ وقت طويل تم الإعتراف بثبات القضاء في موقفه. وهكذا يقول ليون كان أن القضاء ظل ثابتاً "لا يتغير ولا يتحرك"[٣]. ويقول الأستاذ ليون مازو، أن هذا القضاء "أصبح مؤكداً بطريقة نهائية"[٤]. وقد أشرنا من قبل إلى تعبير مماثل صدر عن رئيس محكمة النقض المستشار بيان.

فمن المؤكد إذن أن هناك إلتزاماً قد نشأ عن العمل غير المشروع وقبل الحكم، وأن إلتزاماً آخر لم ينشأ إلا بعد الحكم وبسبب الحكم. ومن المؤكد أننا بصدد إلتزامين متميزين ومتتابعين. وإلا لكنا نقول بأن إلتزاماً يوجد ولا يوجد في نفس الوقت، "وهذا تناقض فاضح" على حد تعبير الأستاذ موريل، لا يليق بمحكمة النقض، وما بين السخرية من محكمة

---

(١) إسمان، تعليق كلاسير، ١٩٤٩، ٢، ٤٩١١.

(٢) أثار الأحكام القضائية والإعتراف وإنشاء الحقوق، رسالة، باريس ١٩١٤، ص ١٤٦.

(٣) ليون كان ، تعليق، عرائض، ١١ أبريل ١٩٠٧، سيري ١٩٠٧، ٤٣٣.

(٤) ليون مازو، التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة، المرجع السابق، ص ٣٠.

النقض، وبين تفسير قضائها طبقاً لفكرة معروفة في القانون الروماني، ويأخذ بها بعض كبار الفقهاء، المعاصرين (فكرة حلول إلتزام محل إلتزام أخر). فإننا لا شك نأخذ بالإختيار الثاني.

١٦- حلول إلتزام محل إلتزام آخر:

من الممكن أن نتصور ثلاثة إلتزامات وتجديدين. فهناك أولاً الإلتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير ، والإخلال بهذا الإلتزام ينشئ إلتزاماً بإصلاح الضرر(١). وهذا الإلتزام يتحول بدوره من خلال الحكم إلى إلتزام بدفع التعويض المحكوم به.

ومع ذلك فيوجد إتجاه في الفقه إلى عدم الإعتداد بالإلتزام الأول وهو الإلتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير. لأن الأمر هنا يتعلق بواجب قانوني أكثر منه بإلتزام بالمعنى الصحيح لهذا الإصطلاح. وهذا الواجب القانوني لا يظهر في الجانب الإيجابي لذمة الدائن، كما لا يظهر في الجانب السلبي لذمة المدين(٢). ولنفس السبب فإن تحول هذا الواجب إلى إلتزام بتعويض الضرر لا يعتبر تجديداً بمعنى الكلمة، حيث يوجد هنا حلول لإلتزام محل واجب قانوني، وليس محل إلتزام آخر، فلا يبقى بعد ذلك إلا إلتزامان بمعنى الكلمة؛ الإلتزام بتعويض الضرر، والإلتزام بدفع مبلغ التعويض المحدد في الحكم. وهكذا فلا يوجد إلا تجديد واحد، وهو ما يحدث بواسطة الحكم، وهذا الإتجاه هو السائد الآن لدى معظم أنصار فكرة التجديد الضروري في مسائل المسئولية التقصيرية.

---

(١) راجع نظرية بلانيول ، ما سبق، فقرة ١٠؛ راجع أيضاً جورج ريبير، القاعدة الأخلاقية والإلتزامات المدنية، طبعة ٤ ١٩٤٩، ص ٢٣٨ - ص ٢٣٩.

(٢) بول روبييه، الحق والمراكز القانونية، باريس، داللوز، ١٩٦٣، ص ١٠٢.

وهناك دراسة تستحق الذكر. وهي رسالة الدكتوراة للأستاذة لوسيين ريبير عن "تعويض الضرر في المسئولية التقصيرية"[١].

فهي كانت أول من "أنكر" الخلط بين إلتزامين كل منهما متميز عن الآخر؛ الإلتزام بإصلاح الضرر، والإلتزام بدفع مبلغ التعويض المقرر في الحكم"[٢].

ومع ذلك فقد أخطأت الأستاذة عندما اعتبرت التحول الذي يحدث بواسطة الحكم، هو نتيجة للسلطة البريتورية للقضاة. والواقع أننا قد ذكرنا من قبل، أن التحول الذي كان يحدث في القانون الروماني، "كان يتم بواسطة الحكم القضائي، وليس بواسطة السلطة البريتورية للقضاة[٣].

ولا يمنع هذا أن هذه الرسالة قد لاقت قبولاً كبيراً في الفقه. فنجد الأستاذ لالو بعد توجيه المديح إلى هذه الرسالة بإعتبارها "رسالة رائعة للدكتوراة"، يؤكد أن "الإلتزام بالتعويض يوجد منذ يوم حدوث الضرر... أما الإلتزام بدفع مبلغ التعويض فلا يوجد إلا بعد صدور الحكم بتحديد مبلغ التعويض"[٤].

والأستاذ سافتييه، يقيم أيضاً نفس التفرقة، بين الإلتزام بإصلاح الضرر "و "الإلتزام بدفع التعويض"[٥]. وكذلك فإن الأستاذ جيرفيزيه

---

(١) رسالة، باريس، ١٩٣٢.

(٢) المرجع السابق، ص ١٣٨.

(٣) راجع ما سبق، فقرة ٧.

(٤) هنري لالو، كاشف أم منشئ؛ (طبيعة الأحكام الصادرة في مسائل المسئولية المدنية). داللوز الأسبوعي، ١٩٣٦، ص ٧١.

(٥) رينيه سافتييه، موسوعة المسئولية المدنية في القانون الفرنسي، طبعة ٢، ١٩٥١، ص ١٩٩.

يعلن أن "المحكمة هي التي تحدد طبيعة ومقدار الإلتزام بالتعويض، وتحوله إلى إلتزام بدفع مبلغ من النقود"(١).

وتأكيداً لهذا الإتجاه السائد في الفقه يقول الأستاذ كاربونييه" هذا النوع من التجديد معترف به في المسئولية التقصيرية، حيث يعتبر الحكم بالتعويض حكماً منشئاً". ويضيف إلى ذلك قوله بأن "الإلتزام بإصلاح الضرر هو إلتزام بعمل، سيتحول بواسطة الحكم إلى إلتزام بدفع مبلغ من النقود في معظم الحالات(٢)". وبالمثل فإن الأستاذ روبييه يرى أن الإلتزام بإصلاح الضرر ... يؤدي إلى إلتزام بدفع مبلغ التعويض"(٣).

وحتى نفهم جيداً فكرة القضاء عن التجديد الضروري، لا بد من مقارنتها بالنظريات الفقهية في نفس الموضوع.

١٧ـ النظرية القضائية في التجديد الضروري مقارنة بالنظريات الفقهية:

توجد نظريات فقهية عديدة تخالف القضاء ولا تعترف إلا بوجود إلتزام واحد. وهذه النظريات مختلفة فيما بينها.

فهناك أولاً النظرية التقليدية، والتي بمقتضاها ينشأ إلتزام عن العمل غير المشروع بتعويض الضرر. والمطالبة القضائية لا تخلق أي عنصر جديد، فالحكم يكشف عن الحق في التعويض دون أن يخلق حقاً جديداً. والإلتزام بالتعويض الذي ينشأ من يوم وقوع الضرر، لا ينقضي إلا بسبب من الأسباب المعروفة لإنقضاء الإلتزام كالوفاء مثلاً.

---

(١) جيرفزيه، تعليق على حكم محكمة ليـون، ٢٢ نـوفمبر ١٩٥٤، سـيري ١٩٥٦، ص ٦٢٨؛ أضف دينري، طبيعة الأحكام الصادرة بالتعويض، المرجع السابق، ص ٣٩٠ – ص ٣٩٤.

(٢) جان كاربونييه، القانون المدني، جـــ ٢ ١٩٥٩، فقـرة ١٥٣، ص ٥٠٨ وفقـرة ١٩٥، ص ٦٨٦. ويلاحظ أن الأستاذ كاربونييه يعترف بثلاثة إلتزامات متعاقبة وبحدوث التجديد مرتين.

(٣) بول روبييه، الحق والمراكز القانونية المرجع السابق، ص ٢٩٨،

والحكم ليس من أسباب إنقضاء الإلتزام. وهذه النظرية هي أساس كل الاعتراضات السابق ذكرها على موقف القضاء. ولكنها لم "تحدث أي تأثير" على القضاء، كما لاحظ ليون كان، أحد أنصار هذه النظرية[١].

وهناك نظرية ثانية لا تعترف إلا بوجود إلتزام واحد في نطاق المسئولية التقصيرية، هي نظرية الأستاذ جيز. وطبقاً لهذه النظرية لا ينشأ الإلتزام عن العمل غير المشروع، ولكن عن الإرادة المنفردة للمضرور. وفي رأي الأستاذ جيز فإن إرادة الإنسان وحدها هي القادرة على إنشاء إلتزامات. وعندما يتقدم المضرور إلى القضاء بالمطالبة بالتعويض، فإنه يعبر عن إرادته في الحصول على مبلغ التعويض. وفي هذه اللحظة ينشأ الإلتزام بالتعويض. أما الحكم الذي يصدر بعد ذلك فهو يكشف عنه فقط[٢].

ومن الواضح أن هذه النظرية تناقض التقنين والقضاء.

ومن النظريات المناهضة للقضاء، نظرية الأستاذ ديجي. فهو ينكر أن يكون العمل غير المشروع مصدراً للإلتزام. لأن العمل المخالف للقانون لا يؤدي إلى إنشاء مركز قانوني. والحق في التعويض لا ينشأ إلا عن الحكم. والأستاذ ديجي لا يأخذ بفكرة التجديد الضروري إلا في نطاق المسئولية العقدية. أما في نطاق المسئولية التقصيرية، فإن السؤال لا يعرض أصلاً، لأنه قبل الحكم لم يكن هناك حق موجود حتى يمكن أن يتحول بواسطة الحكم إلى حق آخر[٣]. ومن الواضح أنه

---

(١) ليون كان، تعليق على نقض عرائض ١١ أبريل ١٩٠٧، سيري، ١٩٠٧، ١، ٤٣٣.

(٢) جيز، المبادئ العامة للقانون الإداري، طبعة ٢، ص ٤٨. أنظر في نقد هذه النظريـــة، ديجـــي، موسوعة القانون الدستوري، المرجع السابق، جـــ ٢، ص ٤٨٧.

(٣) راجع ما سبق، فقرة ١١.

لا يمكن إلحاق نظرية ديجي بنظرية القضاء كما يذهب إلى ذلك البعض. أما نظرية ديموج عن خلق الحق على مراحل متتابعة: الخطأ، ثم الضرر ثم رفع الدعوى، فلا تتفق هي الأخرى مع نظرية القضاء. فحسب نظرية ديموج فإن الحق لا يوجد إلا عند اكتمال العناصر المتتالية. ويكون ذلك يوم صدور الحكم[١]. والواقع أن هذه الفكرة الغامضة عن نشأة الحق على مراحل لا يمكن تقريبها من فكرة نشأة الحق بواسطة التجديد أو بواسطة التحول. ولذلك فمن الأفضل التوقف عن تفسير نظرية القضاء بواسطة أفكار ديموج.

وأخيراً فإن نظرية جوليو دي لاموراندبير، التي تفرق بين إنشاء الحق وبين سيولته، لا تتفق هي الأخرى مع نظرية القضاء. لأنه بحسب نظرية الأستاذ فلا يوجد إلا إلتزام واحد ناشئ عن العمل غير المشروع. أما الحكم فهو لا يحقق لهذا الإلتزام إلا السيولة والقوة التنفيذية دون أن يخلق منه إلتزاماً جديداً. وهذه الفكرة يمكن إلحاقها بالنظريات الفقهية التقليدية[٢].

وبإختصار فإن كل نظرية لا تعترف إلا بإلتزام واحد، سواء نشأ هذا الإلتزام عن العمل غير المشروع، أو رفع الدعوى، أو صدور الحكم أو بإجتماع هذه العناصر معاً، لا يمكن أن تشرح نظرية القضاء. وبعض هذه النظريات قد وضعت بقصد شرح نظرية القضاء. والبعض الآخر وضعت بقصد رفض نظرية القضاء. ولذلك فهي نظريات متعارضة بعضها مع البعض الآخر في كثير من الأحيان،

---

(١) ديموج، موسوعة الإلتزامات، باريس ١٩٢٤، جـ ٤، ص ٢٤٤، وص ٢٤٦.

(٢) جوليو دي لاموراندبير ، التصور الحديث في نظرية الإلتزامات، دروس للـدكتوراة، ١٩٤٤ – ١٩٤٥، ص ١٦٧ وما بعدها.

ولكنها تتفق في فكرة واحدة هي رفض فكرة التجديد الضروري التي تقوم عليها نظرية محكمة النقض الفرنسية.

١٨ـ آثار الإلتزامين المتعاقبين:

الحق في إصلاح الضرر ينشأ من وقت حدوث الضرر. ومن هذا الوقت يبدأ تقادمه، ويصبح قابلاً للحوالة[١]. وفي نفس اليوم يبدأ حق المضرور في إتخاذ الإجراءات التحفظية على ذمة مدينه، مثل إخطار المؤمن عليه بالحادث "لتفادي سقوط حق مدينه مرتكب الحادث"[٢] وكذلك فإن "الحق المباشر للمضرور في مواجهة المؤمن" والذي ينشأ عن القانون مباشرة، يوجد من يوم وقوع الحادث"[٣].

وكذلك فإن المضرور يستطيع التمسك بحقه في حالة المصادرة العامة لأموال المسئول، إذا حدث الضرر قبل المصادرة[٤].

وبالعكس فإن الإلتزام بدفع مبلغ التعويض لا ينشأ إلا بواسطة الحكم. وإعتباراً من تاريخ الحكم يبدأ إستحقاق الفوائد القانونية[٥].

وقد سبق أن ذكرنا أنه لا يحتج بالصلح في حالة الإفلاس، في مواجهة من صدر له حكم بالتعويض إذا صدر هذا الحكم بعد الصلح.

---

(١) نقض مدني، ١٦ يوليو ١٩٤٧، جيرس كلاسير ١٩٤٧، ٢، ١٩٤٧، تعليق جان مازو؛ نقض جنائي ٩ ديسمبر ١٩٣٧، سيري، ١٩٤٢، ١، ٤١، تعليق رو.

(٢) عرائض، ٣٠ نوفمبر ١٩٢٦، دالوز العملي، ١٩٢٨، ١، ٤٩، تعليق جوسران.

(٣) نقض مدني ١٥ يونيو ١٩٤١، جيرس كلاسير، ١٩٣٢، ١، ١٦٩، تعليق إسمان.

(٤) محكمة بوردو المدينة، ٢١ مايو ١٩٤٧، جيرس كلاسير، ١٩٤٧، ٢، ٣٩٠١، تعليق جان مازو.

(٥) عرائض ٢٩ أكتوبر ١٩٣٠، دالوز ١٩٣٠، ١، ١٤٨؛ راجع تعليق هنري وليون مازو، في المجلة القضائية للقانون المدني، ١٩٤٣، ص ١١١ والأحكام الأخرى المشار إليها في رسالتنا الدكتوراة، الإلتزام القضائي، ١٩٦٤، ص ١٢١،وهي المنشورة في الجزء الفرنسي من هذا الكتاب.

وأخيراً فإن التعويض اللازم لإصلاح الضرر، يجب تقديره بحسب قيمة الضرر وقت صدور الحكم"[١].

وهناك ملاحظة هامة جداً جديرة بالذكر، وهي أن آثار الإلتزامين المتعاقبين على النحو الذي قرره القضاء، لم تكن نتيجة ضرورية لفكرة التجديد. فهذه الفكرة لا تمنع في الواقع أن تكون آثار الإلتزام الثاني قد بدأت مع الإلتزام الأول، أو أن تستمر آثار الإلتزام الأول مع الإلتزام الثاني. فالقضاء، يعتد بإعتبارات أخرى غير تلك التي تفرضها فكرة معينة من أفكار الصياغة القانونية.

ومن المهم أيضاً أن نذكر أن القول بوجود إلتزامين متعاقبين، قد تم إستخلاصه من التعبيرات الصريحة لأحكام القضاء. وهكذا فإن الأحكام المتعلقة بعدم الإحتجاج بالصلح في حالة الإفلاس تؤكد ميلاد حق من تاريخ العمل غير المشروع، وميلاد حق أخر من تاريخ الحكم. فالواقع أن القضاء يصدر عن إقتناع واضح بالدور التجديدي للحكم.

والخلاصة هي أنه بحسب قضاء محكمة النقض الفرنسية، فإن الحكم بالتعويض في نطاق المسئولية التقصيرية، هو حكم مجدد ومنشئ ومصدر للإلتزام.

١٩ ـ مناقشة عامة للفصل الأول: تأثير الخصومة على الحق:

رأينا في دراستنا السابقة أن التجديد الضروري، سواء في القانون الروماني أو القانون الحديث، يحدث دائماً بمناسبة المنازعة في حق قائم من قبل. وسواء حدث التجديد بمجرد عدم التنفيذ، أو الإعذار، أو المطالبة القضائية، أو الخصومة، أو الحكم، وسواء حدث التجديد مرة

---

(١) نقض عرائض، ٢٤ مارس سيري، ١٩٤٢، ١، ١٣٥؛ ليون مازو، تطور الضرر وإرتفاع الأسعار أثناء نظر الدعوى، جيرس كلاسير، ١٩٤٢، ١، ٢٧٥.

واحدة أو مرتين متتابعتين، فتوجد دائماً الفكرة في أن المنازعة في الحق تكلفه حياته. وتوجد أيضاً الفكرة في أن حماية الحق تضع حداً لحياته. وهذا لا يؤدي إلى أي إضرار بمصالح صاحب الحق المنقضي، لأن نفس الواقعة (المنازعة أو الحماية) تنشئ لمصلحته حقاً جديداً.

وهذه الخلاصة تقوى بطريقة هائلة الحجج التي تستند إليها فكرة التجديد الضروري في حالة تعديل العقد بواسطة القاضي. لأنه إذا كانت الحماية القضائية تؤدي إلى إنقضاء الحق موضوع الحماية، فإن التعديل القضائي للحق سيؤدي من باب أولى إلى نفس النتيجة. وهكذا نجد الأستاذ ليون مازو وبالرغم من رفضه الأثر المنشئ للحكم الذي يحكم بها في العقد، فإن رأيه يختلف في حالة ما إذا كان الحكم يمنح نظرة ميسرة للمدين[1].

ومع ذلك فنحن لا نبحث بأي ثمن عن حجج تؤيد فكرة التجديد الضروري في حالة تعديل العقد. وكأي وسيلة من وسائل الصياغة، فإن فكرة التجديد الضروري يجب أن تبقى في حدودها المعقولة. فلا نقبل القول بفكرة التجديد ما لم يكن حلول إلتزام محل إلتزام آخر أمراً واضحاً لا يقبل الشك. ولذلك فنحن نعارض النظريات الرومانية الحديثة عن التجديد الضروري. وفي تقديرنا أنه لا المنازعة في الحق، ولا حمايته تؤديان إلى المساس بوجوده، لأن فكرة الحق تفترض إمكانية منازعته، وروبنسون وهو وحيد في جزيرته لم تكن له حقوق. وبالمثل فإن الحق لا يمكن تصوره بدون إمكان حمايته. فلا يوجد حق

---

(1) ليون مازو، التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة للحقوق المرجع السابق، ص ٣٣.

بدون دعوى. ولا يوجد إستئثار قانوني كما يقول الفيلسوف كانت بدون قوة سياسية. وهكذا إذا كان وجود الحق غير متصور إلا بإمكانية المنازعة فيه، وإلا بضرورة حمايته، فكيف تنتهي حياته بسبب هاتين الواقعتين ذاتهما؟. يبدو لنا هذا غير منطقي على الإطلاق.

وإذا اقتصر حديثنا على الإلتزام، وهو وحده موضوع دراستنا، فإننا يمكن أن نعبر عن فكرتنا بعبارات أخرى. الجزاء لا يضع نهاية للإلتزام، لأنه هو ذاته عنصر من عناصر الإلتزام. ولتوضيح ذلك نقول أن كل إلتزام يتحلل إلى عنصرين: الواجب أو المديونية، والمسئولية أو الجزاء.

وهذا التحليل للإلتزام لم يستقبل في فرنسا إستقبالاً حسناً. فالأستاذ ديموج يقارنه بشيء من السخرية بتحليل الذرة[١]، والأستاذ مارتي ورينو ينكران أهميته في القانون الفرنسي[٢]. وعلى العكس فإن الفقه المصري يبدو مؤيداً لهذا التحليل بصفة عامة[٣]. وفي تقديرنا أن هذا التحليل صحيح ومفيد للغاية. وهو يشرح بعمق فكرة الإلتزام ويمكن تطبيقه على مختلف النظم القانونية. فهذا التحليل لا ينتمي إلى نظام قانوني معين، ولكن ينتمي إلى فكرة الإلتزام ذاتها، في أكثر معانيها تطوراً وإكتمالاً.

---

(١) مقدمة رسالة بوبا، فكرة الواجب والمسئولية وتطبيقها في القانون الفرنسي، باريس ١٩٣٥، ص ٩.

(٢) مارتي ورينو، القانون المدني، جـ ٢، ص ٨.

(٣) أنظر المراجع المشار إليها في رسالة إسماعيل غانم عن الذمة المالية في القانون المصري والفرنسي، رسالة، باريس ١٩٥١، فقرة ١٤، ص ٢٣، هامش ٢؛ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام، جـ ١، القاهرة، ١٩٦٢، فقرة ٤٠، ص ٩٦؛ إسماعيل غانم، أحكام الإلتزام، القاهرة، ١٩٦٥، فقرة ٨، ص ١٦.

وإذا كان الرومان لم يعرفوا هذا التحليل، فإنهم كانوا مع ذلك يستخدمون إصطلاحي "الواجب والإلتزام" بمعنى واحد، كما يقول الأستاذ كورنيل في دراسته المتعمقة لهذا الموضوع[١]. وفي بداية تطور القانون الروماني، فإن كلمة إلتزام لم تكن تشمل العنصرين معاً. ومع ظهور عقد الإشتراط أصبح إصطلاح الإلتزام يشمل العنصرين معاً.

وبطبيعة الحال فإن هذا التطور لم يحدث إستجابة إلى نوع معين من أنواع الصياغة القانونية. فالتطور الطويل البطيء حدث بغير خطة وبغير برنامج. ومثل هذه الخطة أمر غير متصور. فكيف يمكن التخطيط للوصول إلى فكرة غير معروفة من قبل؟

وباختصار فإنه قبل ظهور عنصري الإلتزام، لم يكن في إمكان الفقهاء التعرف عليهما. وبعد ظهورهما أصبح الفقهاء يخلطون بينهما. ولهذا فإن فقهاء من أمثال دي فيشر، وجيرار، وجيفار، ومايبه، يرفضون تطبيق هذا التحليل على القانون الروماني[٢].

ومع ذلك فيبدو لنا من الممكن تطبيق هذا التحليل على القانون الروماني، مع ملاحظة أن التطبيق سيكون في هذه الحالة تفسيراً للقانون الروماني بوسيلة من وسائل الصياغة الغريبة عنه. وفي هذا

---

(١) كورنيل، الواجب والإلتزام، دراسة حول نشأة فكرة الإلتزام في القانون الروماني، الدراسات المهداة إلى جيرار، ١٩١٢، ص ٢٠٤ و ٢٠٦.

(٢) دي فيشر، مشار إليه في رسالة مايبه، نظرية الواجب والإلتزام في القانون الروماني، إكس أن بروفانس، ١٩٤٤، ص ١٩٣، هامش ١، جيرار، الوجيز في القانون الروماني، طبعة ٨، باريس ١٩٢٩، ص ٤١٩، هامش؛ جيفار، موجز القانون الروماني ، جـ ٢، طبعة ٣، طبعة ٣، ١٩٥١، ص ٣؛ مايبه، الرسالة السابقة، الصفحات ٥٧، ٥٨، ١٢٥، ١٦٥، ١٩٤، ٢١٧، ٢٢١، ٢٢٢.

المعنى فقط يمكن أن نقبل دراسة الأستاذ كورنيل السابقة الإشارة إليها[١].

ولكن ما هو المقصود بتحليل الإلتزام إلى عنصرين: المديونية، والمسئولية؟ إذا رجعنا إلى دراسة الأستاذ بوبا السابق ذكرها، وجدنا إختلافات كثيرة بين أنصار هذه الفكرة سواء في المبدأ ذاته أو التفصيلات، مما دعا البعض مثل الأستاذ فيرا إلى رفض هذا الكم الهائل من عدم الوضوح والتحديد[٢]. ومع ذلك فبدون الإرتباط بفقيه معين، فإنه يمكن أن نعطي لهذه الوسيلة من وسائل التحليل والصياغة المعنى الآتي: عنصر المديونية أو الواجب، يعني واجب المدين بأن يقوم بأداء معين وعنصر المسئولية يعني سلطة الدائن في الحصول على هذا التنفيذ سواء كان عينياً أم بمقابل.

وهكذا فإن المسئولية عنصر من عناصر الإلتزام.وهذا قول هام نريد أن نستخلص منه النتائج الآتية :-

ينبغي أولاً إعلان وحدة مبدأ المسئولية كنتيجة لوحدة مبدأ الإلتزام بالرغم من تعدد مصادره.

ومن ناحية أخرى يجب إعلان تعدد مصادر المسئولية، بقدر تعدد مصادر الإلتزام. وبهذا نتخلص من المشكلة التي لا معنى لها لمعرفة ما هي مسئولية القانون العام لنخضع لها المنازعات المتعلقة بالإلتزامات الأخرى غير العقدية وغير التقصيرية. فكل فعل منشئ للالتزام، ينشئ في نفس الوقت الدين، والمسئولية التي تتعلق به.

---

(١) لم يوضح الأستاذ كورنيل ما إذا كانت وسيلة الصياغة التي يستخدمها في شرح القانون الروماني، مأخوذة منه، أم غريبة عليه. وهذا ما أدى إلى كثير من الخلافات حول هذه الدراسة.

(٢) رسالة بوبا، المرجع السابق، ٢٦٨.

فالعمل غير المشروع مثلاً ينشئ الدين بإصلاح الضرر والمسئولية في إقتضاء هذا الإصلاح. ونفس الشيء يصدق على المصادر الأخرى للإلتزامات.

ويجب أيضاً ملاحظة أن المسئولية تولد في نفس الوقت الذي يولد فيه الدين، ومع ذلك فإن المسئولية لا تبدأ في العمل إلا من الوقت الذي لا ينفذ فيه المدين الدين بإختياره، مع إستثناء الإجراءات التحفظية المسموح بها، قبل أن يكون المدين متأخراً في أداء واجبه.

وأخيراً فإن المسئولية ليست مصدراً لإلتزام جديد، لأنها بحسب تعريفها عنصر من عناصر الإلتزام القائم، وتقتصر وظيفتها على ضمان التحقيق الكامل لهذا الإلتزام، وهكذا فإن المنازعة في العنصر الأول للإلتزام وهو الواجب أو الدين، لا يؤدى إلى إنقضاء الإلتزام في مجموعه، ولكنها تؤدي فقط إلى تحريك العنصر الثاني فيه وهو المسئولية. وبالمثل فإن الحماية التي يحققها هذا العنصر الثاني لا تضع نهاية لحياة الإلتزام، بل على العكس فإنها تؤكد وجوده في مواجهة العقبات. فلا المنازعة ولا الحماية من شأنهما أن يؤديا إلى إنقضاء الإلتزام. فمادام التصرف يرجع إلى أحد عنصري الإلتزام فإنه لا يؤدي إلى إنقضائه. ويوجد مجال لإنقضاء الإلتزام فقط في الحالات التي نخرج فيها عن نطاق الإلتزام، ونتجه إلى تعديله أو تغييره. وهذا هو موضوع الفصل الثاني.

٢٠- خاتمة:

غنى عن الذكر أن إنتقادنا للنظريات الرومانية، والنظريات الحديثة الفقهية والقضائية، لا يقصد به إنكار الحقائق التاريخية، أو حقائق القانون الوضعي الحديث، فالتجديد الضروري تم تصوره في كل مراحل النزاع:

عدم التنفيذ، الإعذار، المطالبة القضائية، الخصومة، والحكم ومع ذلك فإن القول بالتجديد في كل هذه المراحل يبدو لنا منتقداً. وعلى العكس فإن فكرة التجديد تبدو لنا معقولة، بل لا غنى عنها أبداً عندما يقوم الحكم بتعديل الإلتزام العقدي متخطياً بذلك عناصره.

الفصل الثاني
الحكم مصدر للإلتزام

منطوق نظرية الإلتزام القضائي هو الآتي: عندما يقوم الحكم بتعديل إلتزام عقدي فإنه يؤدي إلى إنقضائه، وإنشاء إلتزام جديد يحل محله. ويكون الحكم في هذه الحالة مجدداً ومنشئاً ومصدراً للإلتزام. وسندرس في مطلب أول التعديل المنشئ للإلتزام القضائي، وندرس في مطلب ثان فكرة الحكم المنشئ للإلتزام.

المبحث الأول
التعديل المنشئ للإلتزام القضائي

٢١ـ العقد فكرة وقرينة:

العقد وسيلة من وسائل الصياغة القانونية، فالقوة الملزمة للعقد تقوم على أساس قرينة بسيطة هي إفتراض مطابقة العقد العدل. والعدل هنا عدل مصنوع ومصطنع يفترض أنه مطابق للعدل في ذاته. فما معنى ذلك؟

في نطاق وسائل الصياغة القانونية، فإن القرينة تلعب دوراً في الإثبات، ولكنها تلعب كذلك دوراً هاماً في صياغة القواعد القانونية الموضوعية، ويكون ذلك إما عن طريق الدخول في مضمون القاعدة بإحلال فكرة محل أخرى، وبصفة خاصة إحلال الكم محل الكيف، كإحلال سن الرشد محل فكرة إكتمال الإدراك. أو عن طريق تبرير وجود القاعدة كما هو الشأن في تبرير وجود قاعدة القوة الملزمة للعقد[١].

وقد أبرز الأستاذان جني ودابان الدورين المختلفين للقرينة في الإثبات وفي صياغة القواعد القانونية. فالأول يتحدث عن القرينة بالمعنى الواسع

---

(١) راجع كتابنا، النظرية العامة للقانون، فقرة ١١٦ وما بعدها.

والقرينة بالمعنى الضيق[١]. أما الثاني فهو أكثر تحديداً إذ يفرق بين القرينة كوسيلة إثبات، والقرينة كفكرة قانونية[٢].

والقرينة كفكرة قانونية أو كوسيلة من وسائل صياغة القواعد القانونية الموضوعية، توجد في العديد من القواعد القانونية، ومنها قاعدة العقد، فقرينة العدالة تضع مبررات هذه القاعدة. لأنه من المعقول أن أحداً لا يتلقى الظلم بإرادته، وأن كل شخص أقدر من غيره على حماية مصالحه الخاصة طبقاً للعقل والعدل. فمن المفترض إذن أن العقد يعبر عن العدل، وأن من قال عقداً فقد قال عدلاً. ومن هنا وجدت قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين. ففكرة العقد تقوم إذن على قرينة معينة. فالأمر يتعلق إذن بقرينة تؤدي إلى فكرة قانونية، أو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية أو إلى إنشاء قاعدة قانونية. وفي هذا المعنى تتلاقى تأكيدات فقهاء مثل جونو[٣]، وموري[٤]. وفالين[٥]، وغيرهم.

ولكن بحسب تعريفها فإن القرينة تعبر عن الحقيقة في معظم الأحيان، ولكنها تخالف الحقيقة في بعض الأحيان الإستثنائية. ويجب التغاضي عن هذه الحالات الإستثنائية، حتى يكون في الإمكان وضع قواعد عامة للقانون. وفي هذه الحالات الإستثنائية فإن القرينة تميل إلى أن "تصبح حيلة قانونية"[٦].

---

(١) فرانسوا جني، العلم والصياغة، جـ ٣، ص ٢٣٤ وما بعدها، وص ٢٤٦.

(٢) جان دابان، وسائل صياغة القانون الوضعي، باريس ، ١٩٣٥، ص ٢٣٥، وما بعدها.

(٣) جونو، مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص، رسالة ديجون، ١٩١٢، ص ٣٧٨.

(٤) موري، دراسة حول فكرة المعادل في القانون المدني الفرنسي، رسالة تولوز، جـ١، ١٩٢٠، ص ١٦١، ص ١٧٧.

(٥) فالين، الفردية والقانون، طبعة ٢، ١٩٤٩، ص ١٧٧.

(٦) دابان، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

والواقع أن كل قرينة قانونية تنطوي على إمكانية الحيلة في بعض الأحيان، وهذه هي ضريبة التعميم اللازمة لصياغة القواعد القانونية العامة.

ومع ذلك فيبدو من اللازم أن نفرق بين الحيلة القابلة للتعرف عليها، وبين الحيلة التي لا يمكن التعرف عليها. و في هذه الحالة الأخيرة سيكون من المستحيل التحقق من إختفاء الحقيقة. وعلى العكس فإنه في الحالة الأولى سيكون من السهل التحقق من إختفائها.

فمن السهل على سبيل المثال القول أنه في حالة الغبن الجسيم الناشئ عن ظروف خاصة كالإستغلال أو الظروف الطارئة، أن العقد أصبح مخالفاً للعدالة. وفي الحالات التي يمكن فيها التعرف على الحيلة فإنه يمكن مهاجمتها دون تحطيم القاعدة ذاتها، إلا في حدود الحالات المذكورة.

وعدم إدراك الأستاذ جونو لهذه التفرقة، أدى به إلى عدم الوضوح الذي يعترف به، في رسالته الهامة عن مبدأ سلطان الإرادة، السابق الإشارة إليها[1].

وبإختصار فإن العقد يقوم على قرينة مطابقته للعدالة وهي قرينة يمكن أن تصبح حيلة في بعض الحالات. فإذا أصبحت هذه الحيلة واضحة يمكن التعرف عليها فإنه يمكن في هذه الحالة مهاجمتها بما يؤدي إلى تحطيم فكرة العقد في حدود الحالات المذكورة فقط. وهكذا فإن

---

(١) الرسالة السابق ذكرها، ص ٤٢٥. وتقوم كل رسالة جونو على فكرة أنه "في مجال العقد، لا يوجد سوى مبدأ مطلق واحد هو العدل" (ص ٣٧٨). ومع ذلك فهو أحياناً يستخلص من هذا المبدأ نتائجه المنطقية ويسمح للقاضي بإخضاع العقد لمبادئ العدل التبادلي، (ص ٢١٠ – ٢١١) وفي أحيان يرفض إعطائه هذه السلطة.

التحرك ضد العقد يصبح تحركاً ضد حيلة مصطنعة للعدل، فقرينة العدل تبرر مبدأ العقد، وإكتشاف الحيلة يبرز تحطيمه في حالات إستثنائية.

وتنبغي ملاحظة أنه في الحالات التي تتعلق بموضوع دراستنا، وهي حالات تعديل القاضي للعقد، فإننا لا نكون بصدد تعبير مألوف في العلاقة بين القانون العقد. فما هي هذه العلاقة؟

٢٢ـ القانون والعقد: تدرجهما:

نحن نواجه هذه العلاقة بين القانون والعقد من زاوية مبدأ السببية أو مبدأ السبب المنشئ[١]. وطبقاً لهذا المبدأ، فإن كل سبب منشئ يعتمد على سبب أخر أعلى منه. فيوجد دائماً تدرج للأسباب. فإذا كان العقد هو المصدر المباشر للعقد، فإن القانون هو مصدره غير المباشر. وفي مجتمع سياسي، فإن العقد يستمد قوته من التشريع أو من مصادر القانون الوضعي بصفة عامة. ولكن إعتماد العقد على القانون بهذا المعنى، لا يؤثر في طبيعته المنشئة للإلتزام، لأن فكرة التدرج من صميم مبدأ السببية ذاته.

وبهذا فنحن نستبعد رأي بعض الكتاب التقليديين، الذي يقول بأن "الإلتزام العقدي يوجد مستقلاً عن القانون الذي يتدخل فقط بعد نشأة الإلتزام العقدي ليمنحه القوة ويضمن تنفيذه"[٢].

ونحن نرفض أيضاً الرأي العكسي الذي يذهب إلى أن القانون هو المصدر الوحيد للإلتزام العقدي. فالعقد لا يعدو أن يكون واقعة مادية، أو

---

(١) راجع في شرح مبدأ السببية، كتابنا، النظرية العامة للقانون، فقرة ٧٦، ص ٢٣٤ وما بعدها.

(٢) تولييه، مشار إليه في لاموراندبير، التطور الحديث لقانون الإلتزامات السابق الإشارة إليه، ص ١٢٨.

تصرف شرطي أو تصرف آلي، يرتب عليه القانون نشأة الإلتزام[١].

ونرفض كذلك الرأي الذي يذهب إلى أن العلاقة بين العقد والقانون هي علاقة تعاون[٢]، فهذه الفكرة تعبر عن المساواة وليس التدرج.

ومن ناحية أخرى، فإن فكرة التدرج التي نقصدها هنا تختلف عن نظرية كلسن في تدرج القواعد القانونية، فهذا الفقيه يعتبر إبرام العقد ممارسة لوظيفة تشريعية، ويعتبر العقد جزءاً من القانون الوضعي الذي ينتظم في وحدة هرمية واحدة تشمل قواعد القانون كالتشريع، وتطبيقات القانون كالعقود. وتعرف هذه النظرية باسم النظرية الأحادية للنظام القانوني. وقد سبق أن أعلنا رفضنا لهذه النظرية وإنحيازنا إلى النظرية الثنائية، التي تفرق بين قواعد القانون من ناحية، وتطبيقات القانون غير المتناهية من ناحية أخرى[٣].

وأخيراً فإن من يقول تدرجاً، ينبغي أن يقول تناسقاً وليس تنازعاً، والواقع أن التنازع غير متصور بين القانون والعقد، فوجود العقد يفترض موافقته للقانون، وهذه الفكرة عن عدم التنازع هي التي تشرح كيف أن تفسير، وتكملة، وتكييف، وتحول، وإنتقاص العقد، لا يؤثر أي من ذلك في وجوده، وهذه الفكرة تشرح في نفس الوقت كيف أن تعديل العقد يؤدي إلى وضع حد لحياته.

---

(١) ديجي، موسوعة القانون الدستوري، المرجع السابق، جـ ١، الصفحات ٢٥١، ٢٥٣، ٣٣٩، ٣٤٨.

(٢) لوي لوكا، سلطان الإرادة في القانون الخاص الداخلي والقانون الدولي الخاص، دراسات مهداة إلى كابتان، ١٩٣٩، ص ٤٨٩.

(٣) راجع كتابنا النظرية العامة للقانون، فقرة ٣ وما بعدها.

٢٣ـ تعديل العقد وتفسيره:

التفسير هو البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين. "هذه هي قاعدة القواعد" كما يقول ديمولومب[١]، أو هي "القاعدة التقليدية غير المشكوك فيها في الموضوع"، كما يقول مارتي[٢].

ومع ذلك فهذه القاعدة لا ينقصها المعارضون مثل الأستاذ سالي الذي يتحدث عن السلطة "التنظيمية" للقاضي تحت إسم التفسير[٣]. ومع ذلك فإن السلطة التي يتحدث عنها سالي، وإن كانت موجودة فعلاً، إلا أنه لا علاقة لها بالتفسير، وهكذا فإن ديموج يذهب إلى أن القاضي عندما يتخطى إرادة الأطراف، فإنه يقوم "بتطويع العقد"، وليس تفسيره[٤].

وكما يقول الدكتور شمس الدين الوكيل في رسالته للدكتوراة، فإن "القضاة عندما يقومون بتفسير العقد. لا ينبغي أن يحلوا محل الإرادة الصحيحة للأطراف، إرادة أخرى هي إرادتهم"[٥]، وهذا هو الفارق بين التفسير وبين تعديل العقد. وكما يقول الأستاذ كاربونييه، فإن "التفسير فيه معنى التحية والإحترام للعقد، بينما التعديل فيه إنكار للعقد"[٦]. وفي جميع الأحوال فإنه كما يقول مارتي ورينو لا ينبغي السماح بتعديل العقد "تحت ستار تفسيره[٧]" فإذا فعل القضاة ذلك، فإن قضاءهم يستحق رقابة محكمة

---

(١) مشار إليه في رسالة جونو، المرجع السابق، ص ١٧٢.

(٢) مارتي ، دور القاضي في تفسير العقود، في دراسات كابتان، ١٩٤٩، ص ٨٩.

(٣) سالي، إعلان الإرادة، ١٩٠١، ص ٢١٣ – ٢١٤

(٤) ديموج، الأفكار الأساسية للقانون الخاص، ١٩١١، ص ٢٩٨

(٥) شمس الدين الوكيل، دراسة حول صياغة الإلتزام العقدي في القانون المدني المصري، رسالة، باريس ١٩٥٢.

(٦) كاربونييه، القانون المدني، جـ ٢، ص ٢٠١.

(٧) مارتي ورينو ، القانون المدني ، جـ ٢ ، ص ٢٠١ .

النقض، وفي الواقع فإننا عندما نستبعد إرادة المتعاقدين، فلا يمكن أن ننسب التنظيم الجديد إلى هذه الإرادة ذاتها، فالتصرف المضاد للإرادة والمناهض لها، لا يمكن أن ينسب إليها[1].

وبعد إيضاح ما سبق، فإنه ينبغي القول أنه ما بين تكريم الإرادة (التفسير)، وبين إنكار الإرادة (التعديل)، فإن القاضي يقوم بعمليات أخرى متوسطة بين هذه وتلك، ومتميزة كل منها عن الأخرى.

٢٤ـ تعديل العقد وتكملة العقد:

في حالة غياب الإرادة المؤكدة للمتعاقدين، فلن يكون هناك مجال للتفسير، وهذا يفتح الطريق أمام القاضي لعملية أخرى هي تكملة العقد. وفي هذه الحالة فإن القاضي يطبق القواعد المكملة، والعادات الجارية، ويراعي مبادئ العدالة، وحسن النية (المادتان ١١٣٤ و ١١٣٥ من القانون المدني الفرنسي، والمادة ١٤٨ من القانون المدني المصري) ولكن يجب أن نلاحظ أن التكملة كما يدل عليها إسمها تتعلق بالتوابع وليس بالمحل الأصلي للإلتزام. فالعقد لا ينعقد إلا بتعيين محل الإلتزامات الأصلية للمتعاقدين (م ١١٢٩ من التقنين المدني الفرنسي، و م ١٣٣ من التقنين المدني المصري).

وإذا كانت تكملة العقد لا تعتمد على الإرادة المشتركة للمتعاقدين نظراً لغياب هذه الإرادة. وإذا كان من غير المقبول الإعتماد على الإرادة المفترضة للمتعاقدين نظراً لتعارض مصالحهما[2]. فإن تكملة العقد لا

---

(١) هنري كابتان، تعليق على حكم باريس ٢١ ديسمبر ١٩١٦، دالوز العملي، ١٩١٧، ٢، ٣٥.

(٢) جونو، الرسالة السابق ذكرها، ص ٣٠٨ – ٣٠٩؛ هنري كابتان، تعليق، باريس، ٢١ ديسمبر ١٩١٦، دالوز العملي، ١٩١٧، ٢، ٣٤ – ٣٥؛ مارتي، دور القاضي في تفسير العقود، المرجع السابق، ص ٩٠؛ مارتي ورينو، القانون المدني، جـ ٢، فقرة ٢١٨، ص ١٩٩.

يمكن مع ذلك أن تتجه أبداً ضد العقد. وفي هذا يوجد الفارق الرئيسي بين تكملة العقد وتعديل العقد. وقد أوضحت محكمة النقض الفرنسية هذا الفارق بقولها "إذا كانت العدالة والعادات الجارية، ينبغي أخذها في الإعتبار طبقاً للمادة ١١٣٥، في تفسير العقود وتحديد ملحقاتها، فإن القاضي لا ينبغي عليه مع ذلك أن يلجأ إلى هذا الطريق لإعفاء أحد المتعاقدين من تنفيذ تعهداته الواضحة والمحددة التي وافق عليها"[١].

وفي نفس المعنى يؤكد الأستاذ كابتان أن حسن النية يعني تنفيذ العقد وليس التخلص منه[٢]. ونتيجة لذلك يقول الأستاذ مارتي "لا يوجد أمل لدى أي متعاقد، في تعديل العقد أو تغييره تحت ستار فكرة العدالة أو حسن النية"[٣].

ومن ناحية أخرى فإن تكملة العقد ينبغي أن تتم حسب طبيعة العقد، كما تقرر المادة ١١٣٥٤ من القانون المدني الفرنسي، والمادة ١٤٨ من التقنين المدني المصري. ومراعاة طبيعة العقد تنبع من التدرج القائم بين العقد والقانون، والتناسق القائم بينهما. فالقانون يعبر عن هيمنته على العقد. ولكنه لا يتعارض معه، ولا ينقص إطلاقاً من طبيعته المنشئة للإلتزام. بل العكس فإن القانون يحمي العقد ويؤكده.

وفيما يتعلق بالدور الشخصي للقاضي في تكملة العقد، فإن هذا الدور يبدأ فقط عندما يستوحي القاضي إعتبارات العدالة وحسن النية. ويستطيع القاضي في هذه الحالة أن يخلق إلتزاماً جديداً. ولكن نظراً لأن القاضي يراعي في عمله طبيعة العقد، فإن الإلتزام القضائي الفردي الذي خلقه،

---

(١) نقض مدني ٢ ديسمبر ١٩٤٧، جازيت، ١٩٤٨، ١، ٣٦.

(٢) هنري كابتان، تعليق، باريس ٢١ ديسمبر ١٠١٦، داللوز العملي، ١٩١٧. ٣، ٤٣.

(٣) مارتي، دور القاضي، المرجع السابق، ص ٩١.

لا يكف عن التكرار في أحكام قضائية أخرى حتى يصبح في أخر الأمر إلتزاماً مصدره القضاء بإعتباره أحد مصادر القانون ، وليس مصدره فقط الحكم ، وإلتزام الناقل بالسلامة في عقد النقل هو أبرز مثل على ذلك. وإصطلاح الإلتزام القضائي jurisprudentielle تم صكه لأول مرة بواسطة جوسران[١]، ومن وقتها أصبح الجميع يردده[٢].

وبهذا تتضح التفرقة بين الإلتزام القضائي judiciaire الصادر عن الحكم، والإلتزام القضائي jurisprudentielle الناشئ عن القضاء. فبينما ينشأ الأول عن الحكم الفردي، فإن الثاني ينشأ عن القضاء بإعتباره أحد مصادر القانون. والواقع أن الإلتزام القضائي الناشئ عن القضاء هو إلتزام قانوني يمكن مقارنته بالإلتزام الناشئ مباشرة عن التشريع.

والخلاصة أن تكملة العقد يمكن أن تؤدي إلى نشأة إلتزام جديد. وهذا الإلتزام قد يكون قضائياً بمعنى أنه ناشئ عن حكم فردي أو قضائياً بمعنى أنه ناشئ عن القضاء حسب الأحوال، ولكن هذا الإلتزام لا يحل محل الإلتزامات العقدية، ولكنه يضاف إليها بصفة تبعية.

٢٥ـ تعديل العقد وإنقاصه:

يرد إنقاص العقد على عقد باطل بطلاناً جزئياً. فالعقد مركب من أجزاء أو شروط متعددة، بعضها باطل، وبالعكس فإن تعديل العقد يرد على عقد صحيح ولكنه ظالم. وبينما يعتبر إنقاص العقد إستثناء على مبدأ عدم تجزئة العقد، فإن التعديل هو إستثناء على مبدأ عدم الإخلال بالعقد.

---

(١) جوسران، العقد الموجه، داللوز الأسبوعي، ١٩٣٣، ٩٠؛ التطور الحديث لفكرة العقد، دراسات مهداة إلى جني، جـ ٢، ١٩٣٥، ص ٣٣٩ – ٣٤٠.

(٢) راجع المراجع العديدة المشار إليها في كتابنا، الإلتزام القضائي، ص ١٣٣، هامش ٢٩.

والأهم من ذلك أن الإنتقاص يعتمد على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، بينما التعديل موجه بصراحة ضد هذه الإرادة. فالقاضي لا يستطيع الحكم بالبطلان الجزئي دون مراعاة إرادة المتعاقدين. فالأمر يتعلق كما يقول سالي "بالإستجابة بطريقة صحيحة لقصد الأطراف"[١].ويتعلق الأمر هنا بمراعاة الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. وهكذا إذا كان الشرط الباطل أو القابل للإبطال يمثل عنصراً هاماً في العقد، فإن بطلان هذا الشرط يؤدي إلى بطلان العقد في مجموعه" فالإقتصاد الداخلي للعقد لا يمكن تعديله بواسطة القاضي"[٢].في هذه الحالة الأخيرة. وإمكانية إنقاص العقد أو إبطاله جزئياً، تنبع بطريقة طبيعية من إعتماد العقد على القانون وإرتكازه عليه، وليس صحيحاً ما يقوله جني، من أن الإنقاص "يؤدي إلى إنتهاك المبدأ الجوهري للقوة الملزمة للعقد في قواعده الأساسية[٣].لأن العقد يستمد قوته الملزمة من القانون وبالتالي لا يجوز له أن يخالف القواعد الآمرة أو النظام العام والآداب وهكذا إذا وجد القاضي أن حذف الجزء الباطل من العقد، سيجعل الباقي متفقاً مع القانون، فإنه يبحث بعد ذلك ما إذا كانت إرادة الأطراف ترضى بهذا الحذف أم لا. فمصير العقد يتوقف على القانون وعلى إرادة الأطراف. ومن غير الصحيح أيضاً ما يقوله مالوري من أن تجزئة العقد تتوقف على إرادة المتعاقدين

---

(١) سالي، الإعلان عن الإرادة، المرجع السابق، ص ٣٠٥، أنظر أيضاً المادة ١٤٣ من القانون المدني المصري.

(٢) فليب مالوري، العقود المخالفة للنظام العام، رسالة، باريس، ١٩٥١، ص ٢٥١.

(٣) جني ، الصحة القانونية، لشرط الدفع بالذهب، في العقود بين الأفراد، في وقت القوة الملزمة للأوراق النقدية، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٦٢، ص ٦٣؛ أضف إسمان، مناقشة لمشكلة تدخل الدولة في العقود، دراسات جمعية كابتان، جـ ١، ١٩٤٥، ص ١٢٧.

فقط[١]. لأن من المتصور أن يكون مجرد إستبعاد الجزء الباطل غير موافق للقانون. وفي هذه الحالة فإن العقد يبطل في مجموعه[٢].

وبالمثل فإن القانون لا يفرض إنقاص العقد على خلاف إرادة المتعاقدين[٣]. ومع ذلك فينبغي التحذير من عدم الإفراط في التفاؤل. لأنه من ناحية فإن البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين خارج إرادتهما المعلنة ليس بالأمر السهل. ومن ناحية أخرى فإن القاضي لا يهتم كثيراً بالقيام بهذا البحث، وفي هذه الحالة فإن الإنقاص يتجه نحو التعديل، وتصبح الإحتجاجات الصادرة عن فرانسوا جني وغيره في محلها.

وفيما يتعلق ببطلان شرط الذهب، فإن الإتجاه الغالب في الفقه الفرنسي يذهب إلى الربط بين مصير الشرط الباطل ومصير العقد في مجموعه[٤].

ومن ناحية أخرى فإنه إذا كان البطلان نتيجة لتطبيق قانون جديد على عقد قديم، فلن يكون هناك مجال للبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين[٥].

بإختصار، فإن التفرقة النظرية على الأقل بين إنقاص العقد وتعديل العقد، تعتمد على الدور الذي تقوم به إرادة المتعاقدين في حالة الإنقاص، وغياب هذا الدور في حالة التعديل.

---

(١) مالوري، الرسالة السابق ذكرها، ص ٢٥١.

(٢) سالي. الإعلان عن الإرادة، المرجع السابق، ص ٣١٣.

(٣) قارن سافتييه، التطورات الإقتصادية والإجتماعية للقانون المدني، طبعة ٣، ١٩٥٢، ص ٦٩.

(٤) هنري كابتان، داللوز العملي، ١٩٢٧، ٢ والمراجع المشار إليها.

(٥) سندرس فيما بعد العلاقة بين تعديل العقد، ومبدأ عدم رجعية القانون الجديد.

٢٦ – التعديل والتكييف وتحول العقد:

مشكلة التكييف تعرض بمناسبة كل المسائل القانونية، العقدية وغير العقدية. بل أنها تعرض بالنسبة لكل المسائل العملية الخاضعة لنظرية المعرفة. ولهذا فإنه يبدو لنا أن إعطاء القاضي سلطة تكييف العقد ووصفه الوصف الصحيح، حتى ضد الإرادة الصريحة للمتعاقدين، وخضوع عمل القاضي لرقابة محكمة النقض إنما ينبع من المبدأ الآتي: كل شخص يقوم بعمل أو تصرف أو يطلق فكرة معينة، فإنه لا يحتكر الحق في تكييف ما صدر عنه، لأن التكييف عمل علمي مستقل عن إرادة الأفراد. وطبقاً لهذا المبدأ إستطاع ديجي أن يصف هوريو" بأنه وضعي رغم أنفه". وأن يقول عن نظرية فرانسوا جني، بأنها "وضعية خالصة"[١].

وفي نفس الوقت فإن جني وصف ديجي بأنه من أنصار القانون الطبيعي [٢]. ويمكننا أن نعطي أمثلة أخرى كثيرة بغير توقف. ولكن إذا كنا نعتبر التكييف عملاً علمياً، فإنه يجب الإلتجاء إلى جهاز مختص للقيام به. والقانون يعهد للقاضي بالقيام بمهمة تكييف العقود. والقاضي يعطي لإرادة الأفراد إسمها الصحيح حسب قواعد القانون. وهكذا فإن التكييف مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض[٣].

وفي بعض الأحيان فإن التكييف يحمل إسماً خاصاً هو تحول العقد، وهو ما نصت عليه المادة ١٤٠ من التقنين الألماني والمادة ١٤٤ من التقنين المصري. وقد لاحظ الأستاذ سالي أن وضع نص خاص لهذه

---

(١) ديجي، موسوعة القانون الدستوري، المرجع السابق، جـ ١، ص ٢٧، و ص ٣٧.

(٢) فرانسوا جني، العلم والصياغة، المرجع السابق، جـ٢، ص ٢٥٢.

(٣) مارتي، التفرقة بين الواقع والقانون، رسالة، تولوز، ١٩٢٩.

المسألة، هو أمر "عديم الفائدة تماما"[١].وفرانسوا جني يعتبر تحول العقد، نوعاً من تكييفه، لأنه كما يقول "من الواضح قبل كل شيء، أن المتعاقدين قصدا على أقل تقدير القيام بشيء، أي إبرام تصرف صحيح. ولذلك فإن أكثر ما يهم المتعاقدين هو إستبعاد التكييفات القانونية التي تؤدي إلى إهدار تصرفهما، والبحث عن تكييف آخر يحل محله ويؤدي إلى إعطاء قوة قانونية لمضمون الإتفاق" [٢]. وبإجراء تحول العقد فإن القاضي ينبغي عليه أن يبحث عن إرادة المتعاقدين في ضوء الباعث الدافع إلى التعاقد[٣].

وبإختصار فإن التكييف يتعلق بعلاقة التدرج الطبيعي بين العقد والقانون، بينما التعديل ينكر بصراحة إرادة المتعاقدين ويضع حداً لحياة العقد.

٢٧ـ تعديل العقد ونظرية السبب:

نريد أن نعترض هنا على بعض العبارات التي قيلت بصدد نظرية السبب. فلا نوافق على ما يقوله الأستاذ زكزاز من أن "السبب هو الوسيلة لتطوير العقد أو تعديله"[٤]. والواقع أننا لا ندرك حقيقة المقصود بعبارة من هذا القبيل. ولذلك ينبغي أن نسجل إبتداء أن السبب لا يمكن أن يلعب دوراً ضد الإرادة. فالسبب لن يؤدي أبدا إلى تطوير العقد إلى أن تنتفي عنه صفة العقد، وإلا فإن السبب لن يصبح هو المقصود بالسبب، وبصفة خاصة فإن السبب لن يبرر أبداً تعديل العقد على خلاف إرادة

---

(١) سالي، الإعلان عن الإرادة، المرجع السابق، ص ٣١٤.

(٢) فرانسوا جني، بانديكت، ١٩٠٣، ١، ١٤٨.

(٣) مارتي، ورينو، القانون المدني، ص ١٦٧ – ١٧٩.

(٤) جوزيف زاكزاز، تطورات العقد، رسالة، تولوز، ١٩٣٩، ص ٤١٩.

المتعاقدين. ففي عقود المعاوضة فإن السبب هو المقابل الرضائي، حسب نظرية الأستاذ موري، التي حظيت بقبول الفقه السائد[١].

والواقع أن المقابل في العقد لا يمكن أن يكون إلا رضائياً. أما أنصار المقابل الموضوعي، فهم ملكيون أكثر من الملك، أو بتعبير أفضل، أرسطيون أكثر من أرسطو، وقد كان أرسطو واضحاً وحاسماً. والمساواة في العقد هي المساواة الرضائية[٢].

وفكرة المساواة هي فكرة جوهرية تصلح أساساً للقانون كله. والوصول إلى المساواة لابد من الإستعانة بوسائل صياغة فنية، من بينها فكرة العقد. وكل البناء الفني لفكرة العقد يقوم على الإرادة. "فمن يقول عقداً يقول إتفاق ارادتين"[٣]. وكما يقول موري "من المفترض أن الإرادة قادرة على تحقيق المقابل في الإلتزام المتفق عليه".[٤]

والرجوع إلى العقد يقوم على أساس هذه القرينة. فإذا بدأ العقد عاجزاً عن تحقيق المساواة، فإنه يمكن إستبداله بوسيلة فنية أخرى، وفي هذه الحالة سينهار العقد كله، ولن يبقى أي مجال للحديث عن السبب، لأن السبب ليس له وجود خارج الإرادة، وبصفة خاصة فإن السبب لا يمكن أن يوجه ضد الإرادة.

---

(١) موري، دراسة حول فكرة المقابل في القانون المدني الفرنسي، رسالة سابق ذكرها" الصفحات ٣٣، ١٥٧، ١٦١، ١٧٩، ١٨٠؛ راجع أيضاً لنفس المؤلف السبب، انسكلوبيدي داللوز، ١٩٥١، فقرة ١٣ وما بعدها.

(٢) أنظر في تأييد هذه الفكرة، مارتي ورينو، القانون المدني، جـ ٢، ص ١٦٧ وص ١٧٩.

(٣) أنظر في العدل التبادلي والعقد ، كتابنا، النظرية العامة للقانون، فقرة ٥٢ ص ١٤٣ وما بعدها.

(٤) شمس الدين الوكيل، الإلتزام الإرادي، الرسالة السابق ذكرها، ص ٦٨.

وهكذا فإن نظرية الغياب الجزئي للسبب، التي أعلنها شارمو[١]، على غرار لارومبيير، لا يمكن تصورها إلا بالرجوع إلى إرادة أطراف العقد. وبحسب رأي الأستاذ لاموراندبير فإنه يوجد غياب جزئي للسبب في حالة "نقص أحد العناصر الموضوعية المحددة في العقد"[٢]، والفرض الخاص بنقص الشيء المبيع الذي تواجهه المادة ١٦١٧ من التقنين المدني الفرنسي، والمادة ٤٣٣ من التقنين المدني المصري [٣] ، يمكن أن يكون مثالاً لذلك، فالأمر يتعلق دائماً بالبحث عن المقابل الرضائي.

ومن الواضح أن السبب لا يتأثر بعدم التعادل الموضوعي في إلتزامات المتعاقدين[٤].وكما يقول الإنجليز "فإن حبة من الفلفل هي سبب كاف لإلتزام بمائة جنيه"[٥].

فمن الخطأ إذن الإستعانة بفكرة السبب للوصول إلى تعديل العقد المنطوي على غبن تحقيقاً للمساواة الموضوعية. فالسبب لا يبرر تخفيض أتعاب الوكلاء، والمديرين، والمحامين.... الخ[٦]. وكما يقول

---

(١) موري، فكرة المقابل، المرجع السباق، ص ١٦١.

(٢) شارمو، تعليق على نقض عرائض، ١٧ يوليو ١٩٠٦، المجلة الإنتقادية للتشريع والقضاء، ١٩١١، ص ٣٣٧ وما بعدها، أضف دي لاجرانج، تدخل القاضي في العقد، رسالة مونبيليه، ١٩٣٥، ص ٤٥٣؛ الحكم موضوع التعليق يعلن صحة الإقرار بالدين، ولكن في حدود مبلغ معين. فالأمر متعلق إذن بالإثبات وبالتالي بالإرادة.

(٣) راجع كتابنا، عقد البيع، فقرة ٥٤، ص ٢٢٤ وما بعدها.

(٤) موران، التشريع والعقد وإضمحلال سلطانهما، باريس، ١٩٢٧، ص ٦٦.

(٥) مشار إليه في دي باج، دراسة حول الغبن. أعمال كابتان، ١٩٤٥، ص ٢١١.

(٦) راجع في الموضوع هنري كابتان، السبب في الإلتزامات، طبعة ٣، باريس ١٩٣٧، ص ٢٠٩، وما بعدها.

البعض فإنه من إساءة نظرية السبب، أن تستخدم ضد العقد [١].

والشرح الوحيد المقبول، في هذا الموضوع هو ما يأتي: القضاء بصفته مصدراً من مصادر القانون يعطي للمحاكم سلطة إعادة صنع عقد الوكالة أو إدارة الأعمال ... الخ بأن يحل بدلاً من الإلتزام العقدي الذي تبين ظلمه، إلتزاماً جديداً موافقاً للعدل التبادلي. وكما يقول الأستاذ بيران "إذا كانت بعض المحاكم قد رجعت إلى نظرية السبب لتبرير حقها في تخفيض بعض الإلتزامات المبالغ فيها، فإنها تكون أبعد ما يكون عن الإستفهام الصحيح[٢]".

وقد سبق أن رأينا – في دراسة سابقة – أن الغلط في القيمة يمكن أن يكون غلط جوهرياً مؤدياً إلى قابلية العقد للإبطال[٣].ومع ذلك فإن الفقه التقليدي في فرنسا كان يعتبر العقد صحيحاً لأن الغلط في القيمة لا يؤدي في نظره إلى غلط جوهري، ولا يؤدي إلى إبطال العقد. وهذا من سوء حظ المتعاقد الذي وقع في الغلط، فهذا "هو ثمن مبدأ الإرادة كما يقول الأستاذ موري"[٤]. والأمر يتعلق في جميع الأحوال بإبطال العقد وليس تعديله. وبإختصار فإن السبب في عقود المعاوضة هو

---

(١) موران، التشريع والعقد، المرجع السابق، ص ٦٦، أضف، هنري مازو، الغبن في العقود، أعمال كابتان، ١٩٤٥، ص ١٩٠ – ١٩١؛ دي مونتيز، ملاحظات حول نظرية الغبن في العقود، دراسات كابتان، ص ١٧٥، هامش ١، موري، فكرة المقابل، الرسالة السابق ذكرها، ص ١٦٦ – ١٦٧.

(٢) بيران، دراسة حول قابلية الإلتزامات المغالى فيها للتخفيض، رسالة، باريس"، ١٩٠٥، ص ٣٠٦. ولكن يلاحظ أن غالبية الأحكام لا ترجع صراحة إلى نظرية السبب، راجع كابتان، السبب في الإلتزامات، طبعة ٣، باريس ١٩٢٧، ص ٢١١، ولهذا فإن القول بإستلهام الأحكام لهذه الفكرة لا محل له.

(٣) راجع كتابنا مصادر الإلتزام ، فقرة ٤٣.

(٤) موري، الرسالة السابق ذكرها، ص ١٨٠.

المقابل الرضائي وليس المقابل الموضوعي. فإذا نحينا جانباً العدالة الإرادية لنحل محلها عدالة موضوعية. فإننا نكون قد نحينا في نفس الوقت فكرة السبب، وفكرة العقد. فمن الناحية الفنية، فإن نظرية السبب تقتضي المحافظة على العقد المنطوي على غبن وليس تعديله.

٢٨ ـ التعديل الضروري والتعديل الرضائي:

التعديل المنشئ للإلتزام القضائي، هو التعديل الضروري الذي يفرضه القاضي على الأطراف بمقتضى تفويض صريح من القانون. فإذا اقتصر القانون على توجيه الدعوة إلى المتعاقدين لإجراء تعديل رضائي، كما تفعل المادة ١٤٦٧ من التقنين المدني الإيطالي التي تأخذ بنظرية الظروف الطارئة، فلن يكون الأمر متعلقاً بإلتزام قضائي، والتفرقة بين التعديل الضروري، والتعديل الرضائي لها أهمية قصوى من ناحية مبدأ السببية أو السبب المنشئ. ولذلك يبدو من المدهش أن نقرأ ما يقول الأستاذ زاكزاز من أنه "ربما يكون من الأفضل بدلاً من التعديل بواسطة القاضي، أن يتم التعديل بواسطة المتعاقدين أنفسهم. فإذا لم يتم إتفاق المتعاقدين على تعديل مضمون العقد، فإن القاضي يأمر بفسخ العقد، وفي هذه الحالة فإن إرادة القاضي لا تحل في أية لحظة محل إرادة المتعاقدين. ومع ذلك فهذه مسألة تفصيلية لا تغير شيئاً في المشكلة الأساسية للتطور"[١].

والصحيح أن هذه ليست مسألة تفصيلية، ولكنها كل المشكلة. وسبب الإندهاش أن المؤلف يدرك تعديل العقد بواسطة القاضي، يعني حلول إرادة القاضي محل إرادة المتعاقدين.

---

(١) زكزاز، الرسالة السابق الإشارة إليها، ص ٣٨٠.

والتعديل الرضائي يؤدي إلى نوع من الصلح، وهو ككل إتفاق يعتمد على الإرادة المتبادلة للأطراف[١].والتعديل الرضائي يمكن أن يؤدي إلى تجديد حقوق الأطراف، وهو ما يتوقف على إرادتهما. والتجديد سيكون تجديداً رضائياً. إذا وجدت نية التجديد. ولكن سواء وجد التجديد أو لم يوجد، فإن التزمات المتعاقدين لن تغير أبداً طبيعتها التعاقدية. سواء وجد التجديد أو لم يوجد فإن الحكم سيكون بمثابة إعلان للصلح الذي تم بواسطة الأطراف. وسواء تعلق الحكم بإثبات الإلتزام القديم الذي نشأ أولاً عن العقد، أو بإثبات الإلتزام الجديد الناشئ عن الإتفاق، فإن الإلتزام سيكون في جميع الأحوال عقدياً، وسيتعلق الأمر دائماً بالكشف عن إلتزام عقدي وليس بخلق إلتزام جديد.

والخلاصة أن التعديل الضروري والقضائي، هو وحده الذي يخلق إلتزاماً قضائياً.

٢٩ـ التعديل لا يسمح بالفسخ:

بالرغم من تميز فكرتي تعديل العقد وفسخه عن بعضهما، إلا أنه من الممكن تداخلهما معاً في بعض الحالات بشكل كبير. والسؤال المطروح هو الأتي: هل يعتبر تعديل العقد سبباً لطلب فسخ العقد؟

ونفس السؤال يعرض أيضاً بمناسبة إنقاص العقد في حالة البطلان الجزئي، وهو هل يؤدي إنقاص العقد إلى إمكان طلب فسخه؟

وإذا أخذنا برأي الأستاذ كابتان فإن عدم التنفيذ الذي يبرر الفسخ، لا يشترط فيه أن يكون منطوياً على خطأ. فإذا كان سبب عدم التنفيذ هو البطلان الجزئي للعقد، فإن الدائن يحق له طلب فسخ العقد في مجموعه،

---

(١) جيفردون، الإتفاق القضائي، انسيكلوبيدي دالوز، فقرة ٥.

حتى ولو كان يتضمن إلتزامات أخرى صحيحة تم تنفيذها بالفعل. "فالمادة ١١٨٤ من التقنين المدني الفرنسي تنطبق، أياً كان سبب عدم التنفيذ. وأياً محل الإلتزام الذي لم يتم تنفيذه، وسواء كان هذا الإلتزام مشروعاً أو غير مشروع، طالما أن عدم التنفيذ يرد على الإلتزام الأصلي في العقد"[١]. وهكذا فإن إنقاص العقد يسمح بطلب فسخه. ويجب القول بذلك إذا أردنا فعلاً أن نرجع الفكرة الفنية للبطلان الجزئي إلى إرادة المتعاقدين[٢].

وعلى العكس فإن التعديل القضائي للعقد لا ينبغي أن يسمح بطلب فسخه. فالدائن لا يحق له أن يطلب فسخ العقد بالرغم مما يحدث من تخفيض أو إنقاص لحقوقه. وسبب ذلك بسيط. فالقاضي عندما يعدل العقد، فإنه يحل إرادته محل إرادة الطرفين. ودور هذه الإرادة قد انتهى. والتعديل يضع نهاية لحياة العقد. ولن يكون هناك مجال لطلب فسخ عقد قد انقضى من قبل. وهناك علاقة قانونية جديدة ستربط بين المتعاقدين السابقين دون أن تكون لها صلة بإرادتهما. والعلاقة الجديدة لا تتوقف على موافقة المتعاقدين، كما أنها لا تفسخ بسبب إحتجاج أحدهما.

٣٠ـ التعديل الآمر والتعديل المفسر:

على مثال التفرقة بين التجديد الضروري والتجديد الرضائي، فيجب أن نفرق أيضاً بين التعديل الآمر والتعديل المفسر. ومعيار التفرقة في هذه الحالة الأخيرة مستمد من طبيعة القاعدة القانونية التي قررت مبدأ تعديل العقد. وحتى يكون تعديل العقد منشئاً لإلتزام جديد، ينبغي أن يكون

---

(١) كابتان، مصير العقد الذي يتضمن شرطاً باطلاً، داللوز الأسبوعي ١٩٢٧، ص ٤.

(٢) راجع ما سبق، فقرة ٢٥.

آمراً، أي مفروضاً بواسطة قاعدة آمرة لا يجوز للمتعاقدين الإتفاق على خلافها.

وبالعكس إذا كانت القاعدة مكملة أو مفسرة، وكان في إستطاعة المتعاقدين الإتفاق على خلافها، فإن التعديل لا يكون بعيد الصلة عن إرادة المتعاقدين.

ومهما كانت المبررات التي تعطي للقاعدة المكملة أو المفسرة، وهل تقوم على إرادة المتعاقدين الضمنية أو المفترضة، فإنه لا يمكن أبداً إعتبارها بعيدة عن إرادة المتعاقدين.

وحتى من حاولوا قطع كل صلة بين القاعدة المفسرة أو المكملة وبين إرادة المتعاقدين، لم ينجحوا في ذلك تماماً. وإذا كان الأستاذ جونو يقول مثلاً إننا بصدد "تنازل أمام القانون[١]" فإن فكرة التنازل هذه لا تعدو أن تكون تعبيراً عن إرادة المتعاقدين، خاصة إذا كان التنازل المقول به يقوم على أساس "الثقة في القانون"، كما يقول الأستاذ نفسه[٢].

ومن ناحية أخرى عندما تكون القاعدة المفسرة، شديدة الأهمية، ولا يتصور أن يجهلها المتعاقدون، مثل تلك التي تنظم تعديل العقد الذي ارتبطوا به، فإن الأمر لن يكون محصوراً في مجرد التنازل أمام القانون [٣].فإن سكوت الأطراف في هذه الحالة يعبر بالضرورة عن إرادتهما الضمنية، حيث تبدو فكرة الإرادة الضمنية هنا مبررة للغاية.

---

(١) جونو، الرسالة السابق ذكرها، ص ١٨١ – ١٨٢.

(٢) المرجع السابق، ص ١٨٢.

(٣) فكرة التنازل أمام القانون تجد تبريرها في جهل المتعاقدين بالقواعد المفسرة. كما يقول الأستاذ جونو، المرجع السابق، ص ١٨١.

وهكذا فإن التعديل المفسر، يصبح تطبيقاً للعقد، وليس تحولاً منه إلى وسيلة أخرى من وسائل الصياغة القانونية.

ومن الناحية التاريخية فإن التعديل المفسر، ظهر أولاً قبل التعديل الآمر. والقانون الروماني يعطي مثلاً رائعاً لذلك في عقد إيجار الأرض الزراعية[١]، وقد انتقلت أحكام القانون الروماني في هذا الشأن في القانون المدني الفرنسي (م ١٧٦٩ و م ١٧٧٠) والقانون المدني المصري (م ٦١٦).

والنصوص الرومانية والحديثة تسمح في حالة هلاك المحصول بدرجة جسيمة[٢]، إعفاء المستأجر من جزء من الأجرة بقدر جسامة الضرر. وبحسب هذه النصوص فإن الهلاك يجب أن يكون بسبب حادث مفاجئ أو قوة قاهرة. والواقع أن هذه الإصطلاحات خادعة. وقد أدت إلى تفسيرات غير صحيحة للأحكام المنصوص عليها. فقد ظل الفقه يعتقد أن إعفاء المستأجر من الأجرة يرجع إلى إنقضاء إلتزامه إنقضاء كلياً أو جزئياً بسبب إستحالة التنفيذ الراجعة إلى حادث مفاجئ أو قوة قاهرة.

والحقيقة غير ذلك تماماً، فالإلتزام موضوع الحديث، هو إلتزام المستأجر بدفع الأجرة، ومحل هذا الإلتزام غير معين بالذات بل هو معين بالنوع، وهو غالباً مبلغ من النقود. وفكرة القوة القاهرة وإستحالة التنفيذ لا يمكن تصورها بالنسبة لهذا النوع من الإلتزام، لأن الأشياء المعينة بالنوع لا تهلك. المثليات لا تهلك. وإلتزام المستأجر بدفع الأجرة

---

(١) راجع نصوص القانون الروماني، في كتابنا، الإلتزام القضائي، ص ١٤١، هامش ٧٥.

(٢) يشترط قانون نابليون أن تكون الخسارة أكثر من نصف المحصول، أما القانون الروماني، والقانون المصري، فيشترطان فقط أن تكون الخسارة فادحة.

يظل دائماً ممكناً. وقد أتيحت لنا الفرصة في دراسة عن طبيعة حق المستأجر في القانون الروماني، أن نثبت أن هذه النصوص تتعلق بنظرية الظروف الطارئة، وليس بنظرية القوة القاهرة[١].

ونقرأ في هذا البحث ما يلي "إذا هلك المحصول كلياً أو جزئياً، بسبب عاصفة أو فيضان، فإن المستأجر يظل في إمكانه دفع الأجرة من أمواله الخاصة أو بطريق الإقتراض. فالقواعد العامة تقضي أن يظل المستأجر ملتزماً في مثل هذه الحالة بدفع الأجرة"[٢]. ونقرأ أيضاً "ومع ذلك فإن القانون الروماني يسمح للمستأجر بالحصول على تخفيض للأجرة. وتبرير هذا الحكم هو الآتي: تنفيذ الإلتزام وإن لم يصبح مستحيلاً، إلا أنه أصبح عسيراً بحيث يهدد المستأجر بخسارة فادحة. ولذلك فإن العدالة وحسن النية (التقنين ٤، ٦٥، ٨ من ٢٣١؛ ديجست ١٩، ٢، ١٣، ٧) تقضيان أن يتمكن المستأجر من الحصول على تخفيض وإعفاء من الأجرة"[٣]. فالأمر يتعلق بنظرية الظروف الطارئة. والواقع أن التفرقة بين القوة القاهرة وبين الظروف الطارئة لا تعتمد على طبيعة الحادث، ولكن على درجة تأثيره على إلتزام المدين، وهل أصبح هذا الإلتزام بسبب الحادث مستحيلاً، أم أنه أصبح عسيراً فقط وإن لم يصبح مستحيلاً.

وما قلناه في البحث المشار إليه، هو مانقول به اليوم. فنظرية الظروف الطارئة ترجع في تاريخها إلى القانون الروماني، على خلاف الفكرة الشائعة التي تنسب نشأتها إلى فقهاء القانون الكنسي والمحشيين.

---

(١) بحث بالفرنسية مقدم إلى كلية الحقوق جامعة رن، ١٩٦١، الصفحات ١٠٧ – ١٣٩.

(٢) المرجع السابق، ص ١١٩ – ١٢٠.

(٣) المرجع السابق، ص ١٢١.

وهكذا فإن القانون الروماني لم يكن قانوناً قاسياً وجامداً في جميع الأحوال، بل العكس فقد كان يسمح بتعديل العقد الظالم[1]. وليس من الإنصاف للقانون الروماني، ما يقوله البعض من أن تعديل العقد هو مثال رائع على وسائل الصياغة الحديثة، التي لم يدركها القانون الروماني الذي يجب إعتباره الآن قانوناً ميتاً[2].

ولا ينبغي أن يفوتنا مع ذلك القول بأن تعديل العقد في القانون الروماني في حالة إيجار الأرض الزراعية، كان تعديلاً مفسراً مرتبط بالإرادة الضمنية للمتعاقدين [3]. وهذا هو نفس الحكم في القانون الفرنسي والقانون المصري. ومثل هذا التعديل لا ينشئ إلتزاماً جديداً. فالتعديل الآمر هو وحده القادر على إنشاء إلتزام جديد.

٣١ـ الخلاصة: التعديل الضروري والآمر يقضي على الإلتزام العقدي:

طوال دراستنا في هذا المبحث، كنا نبرز بعض الأفكار الأساسية اللازمة لفهم المعنى الصحيح لفكرة تعديل العقد.

ولكن العقد بإعتباره وسيلة من وسائل الصياغة الفنية، يستمد قوته الملزمة من التشريع، أو بتعبير أعم من القانون في مصادره المختلفة. فالأمر يتعلق بالتدرج بين القانون والعقد. ويتعلق كذلك بإعتماد العقد على

---

(١) قارن ريبير، القاعدة الأخلاقية في الإلتزامات المدنية. طبعة ٤، ١٩٤٩، ص ٣٣؛ لارتيجـول، العدل التبادلي والقانون الوضعي، رسالة بوردو، ١٩٥٧. ص ٣٠؛ دي تارد، فكرة الـثمن العـادل في العقود ، رسالة ، باريس ، ١٩٠٦ ، ص ٢٤ ، دي لاجرانج ، تدخل القاضـي فـي العقـود، المرجع السابق، ص ٩.

(٢) موران، القانون والعقد وإضمحلال سلطتهما، المرجع السابق، ص ١١١ وما بعدها؛ مـوران، نحول تعديل وسائل الصياغة القانونية، مجلة فلسفة القانون وعلم إجتماع القانون المـدني، ١٩٣١، ص ٧٥.

(٣) موري، فكرة المعادل، الرسالة السابق ذكرها، ص ١٧٩.

القانون. وهذا الإعتماد أو التدرج، لا يؤثر إطلاقاً في القوة المنشئة للعقد، لأن فكرة التدرج تدخل في تكوين مبدأ السببية أو السبب المنشئ. ومن ناحية أخرى فإن التدرج لا يمكن تصوره بغير إنسجام وتناسق. من المهم إذن التأكيد على مبدأ عدم التنازع بين القانون والعقد. وفكرة التناسق هذه هي التي تشرح القواعد المتعلقة بتفسير العقد، وتكملته، وإنقاصه، وتكييفه وتحوله، فكل واحدة من هذه العمليات تتم دائماً بالرجوع إلى الإرادة، المعتمدة بدورها على القانون. وإحدى هذه العمليات وهي تكملة العقد، قد تؤدي في بعض الأحيان إلى خلق إلتزام جديد. ولكنه دائماً إلتزام تابع يضاف إلى الإلتزام العقدي ولا يحل محله.

وبالعكس فإن التعديل الضروري والآمر لا يمكن شرحه بالرجوع إلى إرادة الأطراف، فهو على النقيض من ذلك إنكار وتكذيب لهذه الإرادة. فعندما لا يتضمن العقد أي شرط يسمح بتعديله، وعندما يتقرر التعديل بمقتضى قواعد القانون الآمرة وليست المكملة أو المفسرة. وعندما يتم التعديل بواسطة الأجهزة التي تطبق القانون دون رجوع إلى إرادة الأطراف. وعندما لا تكون موافقة المتعاقدين شرطاً واقفاً يعلق عليه التعديل. وعندما لا يؤدي إحتجاج أحد المتعاقدين إلى فسخ العقد بدلاً من تعديله. فإنه يصبح من الواضح أن التعديل يتجه ضد الإرادة وضد العقد.

ومن ناحية أخرى فإنه لا توجد أية فكرة مستمدة من المبادئ العقدية يمكن الإستعانة بها لشرح فكرة التعديل. ونظرية السبب بالذات تفرض التنفيذ الكامل للعقد وليس تعديله. ولذلك ينبغي البحث خارج نطاق العقد عن المعنى الصحيح للتعديل. فوجود العقد ذاته هو الذي أصبح محل نظر. فالعقد أصبح مخالفاً للعدل، أو العقل أو أية قوة أخرى من القوى الخالقة للقانون الوضعي. ولذلك فإن العقد يفقد سبب وجوده. وإذا كانت

فكرة عدم التنازع بين القانون والعقد، هي التي تفرض الإحتفاظ بالعقد في حالة إنسجام دائم مع القانون، فإن هذه الفكرة ذاتها هي التي تبرر وتشرح الإستغناء عن العقد في حالة حدوث مثل هذا التنازع، فمن غير المتصور أن يوجد تنازع ويستمر العقد. أو بتعبير أخر فإن التنازع بين العقد والقانون يؤدي حتماً إلى إختفاء العقد. وعندما يفرض القانون تعديل الإلتزام العقدي، فإنه يأمر بإنقضائه، هذه هي خلاصة هذا المبحث.

المبحث الثاني
فكرة الحكم المنشئ للإلتزام

٣٢ـ البحث عن وسيلة صياغة جديدة:

بالرغم من إتفاق الفقهاء على القيمة النسبية لوسائل الصياغة القانونية، وخضوعها لمبدأ التطور. إلا أن بعض كبار الفقهاء، خوفاً منهم من ترك وسائل الصياغة القانونية تحت رحمة الإتجاهات الشخصية لدى البعض، والحالات المزاجية لدى البعض الآخر، فقد حاولوا أن يحدوا من فكرة النسبية ذاتها. وهكذا فإن الفكرة يمكن أن تكون لها القيمة الموضوعية الحقيقية التي تحاول أن تعبر عنها. وكما يقول جني "طالما أن الفكرة لا تستخدم إلا كوسيط لا غنى عنه للتعبير عن حكم القانون، فإنها تصبح جزءاً من الحقيقة، القانونية ذاتها، ولا يصبح هناك مبرر للحديث عن البناء العقلي الخالص، فهذا الأخير لا يظهر إلا عندما تنفصل الفكرة عن الحقيقة. وتعامل في ذاتها كما لو كانت وحدة منطقية منفصلة عن الحياة[١]". ومن ناحية أخرى فإن دابان يأخذ بأفكار جني، ويطلق على وسائل الصياغة المطابقة للحقيقة إسم Concept أو فكرة موضوعية بالمقارنة بالبناء العقلي الخالص. فهذه الأخيرة لها طبيعة مصطنعة، بينما الأولى تتفق مع الحقائق الموضوعية[٢]. وبالمثل فإن جورج ريبير يتحدث عن "وسائل الصياغة الجوهرية" التي بدونها ينهار القانون إنهياراً كاملاً[٣].

---

(١) فرانسوا جني، العلم والصياغة، جـ ٣/ ص ١٩٥.

(٢) جان دابان، صياغة القانون الوضعي، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(٣) جورج ريبير، القوى الخلاقة للقانون، باريس، ١٩٣٥، ص ٢٠٩.

والواقع أنه لا توجد وسائل صياغة جوهرية في ذاتها، وأية وسيلة فنية ليست لها قيمة في ذاتها. فالصياغة تستمد قيمتها من مطابقتها للواقع. وما هو حقيقي أو واقعي من الناحية القانونية، قد يكون مخالفاً للعلم أو القانون. وسواء كان القانون يتقدم أو يتراجع، وسواء تعلق الأمر بتطوير القانون أو إضمحلاله، فإن وظيفة الصياغة هي أن تضع الحقائق القانونية موضع التطبيق بغض النظر عن أي تقييم مستمد من الأخلاق أو العلم. فما هو لفظي Conceptuel لا ينبغي أن يصحح أو يسمو بما هو حقيقي réel.

ومع ذلك لا ينبغي أن يغيب عن النظر أبداً، أن الإتجاه اللفظي للإمساك والتعبير عن الحقيقة، لا يمكن أن يؤدي إلى المطابقة بينهما. فاللفظي يظل دائماً وحدة منطقية مستقلة عن الحقيقي. وفي حياته الخاصة، فإن اللفظي يحافظ دائماً على جوهره وعلى طبيعته الداخلية. وفكرة "طبيعة الأشياء" تتعلق بكل الأشياء، سواء كانت لفظية أو حقيقية.

والقول بغير ذلك سيؤدي إلى غموض الأفكار وإختلاطها. وبالتالي إستحالة التعبير عن أية حقيقة.

ويترتب على ما سبق ذكره أن العقد ليست له قيمة في ذاته، وأهميته تعتمد على المكان المخصص في نظام قانوني معين، لمبدأ سلطان الإرادات الخاصة. ومن ناحية أخرى فإن جوهر فكرة العقد هو إتفاق إرادة الأطراف. وكما يقول دوركايم "الإلتزامات الوحيدة التي

تستحق بأن توصف بأنها تعاقدية، هي تلك التي تم التراضي عليها بين الأفراد والتي ليس لها مصدر أخر غير هذه الإرادة الحرة"[١].

فالعقد لن يعني في أي وقت من الأوقات، أي شيء أخر غير إتفاق الإرادتين. وأي تطور مزعوم لن يسمح بمخالفة طبيعة الأشياء وإطلاق إسم العقد على ما هو ليس إتفاق إرادتين.

"وفي الوقت الحاضر، كما يقول جورج ريبير، كل شيء غامض ومختلط... ولذلك يصبح ضرورياً خلق وسيلة صياغة جديدة[٢]".

ويقول في كتاب آخر. كل نظامنا العقدي، يجب أن يعاد صنعه من جديد"[٣]. وجورج ريبير ينطق بهذه الأقوال وهو يفكر بصفة خاصة في مشكلة تعديل العقد بواسطة القاضي، "وهي المشكلة الأكثر خطورة في رأيه في نطاق نظرية العقد[٤].

ومهمة البحث عن وسيلة فنية جديدة، ليست من الأمور السهلة، حتى أن الأستاذ ميشيل فيلي، إستطاع الحديث عن "عجز خبراء العقد"[٥].

ولم يتردد بعض كبار الفقهاء. في أن يعهدوا بهذه المهمة الصعبة إلى "فقهاء المستقبل"[٦]. فما هي هذه الوسيلة الفنية الجديدة؟

---

(١) دوركايم، تقسيم العمل الإجتماعي، طبعة ٧، باريس، ١٩٦٠، ص ١٨٩.

(٢) جورج ريبير، القوى الخلاقة للقانون، المرجع السابق، ص ٣٦١ .

(٣) جورج ريبير النظام الديمقراطي والقانون المدني الحديث، ١٩٣٥، ص ٣٦١.

(٤) جورج ريبير، القاعدة الأخلاقية ، المرجع السابق، ص ١٣٠ – ١٣١.

(٥) ميشيل فيلي ، صعود وإضمحلال مبدأ الإرادة، مجلة فلسفة القانون، ١٩٥٧، ص ٩٥.

(٦) إسمان، الإلتزام والمسئولية العقدية، في دراسات ريبير، جـ ٢، ١٩٥٠. ص ١٠٥.

٣٣- نقد نظرية جوسران عن العقد الموجه :

في البحث عن وسيلة جديدة من وسائل الصياغة القانونية لتفسير مشكلة تعديل العقد بواسطة القاضي، فإننا لن نتوقف كثيراً أمام النظرية التي يطلق عليها إسم نظرية العقد الموجه. على غرار الإقتصاد الموجه، أو التوجيه العقدي على غرار التوجيه الإقتصادي. وبالرغم من النقد الذي وجه إلى هذه النظرية بأنها "تضع مصطلحات جديدة بربرية إلى حد ما[١]"، فإن جميع الفقهاء، قد استعملوا هذه المصطلحات ذاتها، بمن فيهم جورج ريبير نفسه الذي وجه إليها هذا النقد القاسي[٢].

ويعيب هذه النظرية في الواقع أنها تحاول شرح القانون المدني بوسائل فنية مستعارة من العلوم الإقتصادية. ولا شك أنه فأل سيئ لفرع عريق من فروع القانون مشهور بثراء وسائله الفنية. أن ينتهي به الأمر إلى شرحه عن طريق الوسائل الفنية الخاصة بعلم الإقتصاد أو غيره[٣].

ولكن الأخطر من ذلك أن التوجيه الإقتصادي يتعلق لا بالصياغة التشريعية[٤] ولكن بالسياسة التشريعية ويصدق نفس القول على الرأسمالية. والفردية، والإشتراكية. فكل هذا لا يعبر عن "صياغة" أو

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه، موسوعة القانون المدني، جـ٢، ١٩٥٧، ص ١٥٧.

(٢) جورد ريبير، إضمحلال القانون، المرجع السابق، ص ٥٥.

(٣) ومن غير الملائم أيضاً شرح القانون بواسطة إصطلاحات مستمدة من العلوم الطبيعية. وأنه مما يدعو للصدمة أن يستخدم البعض إصطلاحات مثل ديناميك، وميكانيك، لشرح "تطور فكرة العقد" (ديكوف، في دراسات كابتان، ١٩٣٩، ص ٢١٧). أنظر في هذا الموضوع، الفصل المخصص للغة القانونية، فرانسوا جني، العلم والصياغة، جـ ٣ الصفحات ٤٦٩، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٨٤.

(٤) جان دابان، صياغة القانون الوضعي، المرجع السابق، ص ٥٤، هامش ٣

عن "وسيلة فنية". وإنما يعبر عن فلسفة سياسية أو إجتماعية. ومن الجائز أن نتحدث عن "الآثار أو المظاهر القانونية للرأسمالية أو التوجه الإقتصادي". ولكن لا يجوز الحديث عن "الرأسمالية أو الإشتراكية القانونية"[١].

وقد يكون من الصحيح ما يقوله جوسران من أن الإقتصاد يفرض نفسه على القانون"[٢]. ولكن هذا القول يتعلق بالقوى الخلاقة للقانون، وليس بوسائل التعبير عنه.

ومن ناحية وسائل الصياغة القانونية، فإن إصطلاح "التوجيه العقدي" لا يقدم أية فائدة على الإطلاق. فالقول في لحظة من لحظات اليأس أن "العقد موجه إلى إنهياره"[٣]. وأن وجوده ذاته أصبح موضع نظر"[٤]. أو القول في لحظة من لحظات التفاؤل أن "أزمة العقد هي أزمة تطور"[٥]. وأن التوجيه يمكن أن يكون "عاملاً على إقرار

---

(١) أنظر على سبيل المثال العنوان الذي اختاره جورج ريبير لمؤلفه "مظاهر قانونية للرأسمالية الحديثة".

(٢)جوسران، كيف تتغير قيمة نصوص التشريع خضوعاً للظواهر الإقتصادية. دراسات كابتان، ص ٣٦٩.

(٣) جوسران، العقد الموجه، داللوز الأسبوعي، ١٩٣٣ ص ٩١.

(٤) جوسران المراحل الأخيرة في التوجيه العقدي. العقد المفروض والعقد القانوني، داللوز، ١٩٤٠، ٥، وفي نفس المعنى سافتييه. من القانون المدني إلى القانون العام، ص ص ٧٦ حيث يقول "ومن حيث الموضوع فإن فكرة العقد ذاتها تختفي "أنظر المراجع الأخرى، كتابنا، الإلتزام القضائي. ص ١٤٦. هامش ١٠٢.

(٥) جوسران، الصعود الحديث لفكرة العقد، في دراسات جني، ١٩٣٥، جـ ٢. ص ٣٤٦.

النظام"(١). يدل على أن إصطلاح" التوجيه العقدي" غامض وغير محدد، بل أنه قد يسمح بالأخذ بأفكار متغايرة ومتناقضة.

وإذا كان صاحب النظرية نفسه، لا يستخدم الإصطلاح في معنى واحد محدد، فلن يكون غريباً أن نجد نفس الشيء لدى غيره من الفقهاء الذي ساروا على نهجه. وبصفة عامة فإن المقصود بالتوجيه العقدي هو التدخل في العقد بقصد إخضاعه للإقتصاد الموجه. وكما يقول الأستاذ رواست "فإن الإقتصاد الموجه يؤدي إلى العقد الموجه"(٢)

ولكن من الممكن أيضاً أن نقصد بإصطلاح التوجيه، مجرد التدخل في العقد بغض النظر عن دوافعه وأهدافه، وهل هي إقتصادية أم لا. فالعقد يمكن توجيهه بواسطة المشرع أو الإدارة أو القاضي لإدراك أهداف إقتصادية أو سياسية، أو أخلاقية.... الخ(٣).

ونظراً لأهدافه المتعددة، ولتعدد الأجهزة المنوط بها القيام به، فإن فكرة التوجيه العقدي لا يمكن أن تعبر عن نظرية واحدة متناسقة، فهي قد تعني تدخل القاضي في العقد، وقد تعني أيضاً منعه من القيام بذلك.

وهكذا ففي تعليق عنوانه "الظروف الطارئة والإقتصاد الموجه"(٤). نجد الأستاذ سوتو يقدم الأدلة على أن السياسة الحكومية تهدف إلى

---

(١) جوسران، نظرة عامة على الإتجاهات المعاصرة في نظرية العقود، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٣٧، ص ٢٠.

(٢) رواست العقد الموجه، في دراسات سيجيلما، ١٩٤٠، ص ٣١٨، رواست، مناقشة حول دور القاضي في تفسير العقود، أعمال كابتان، ١٩٤٩، ص ١٠٠ – ١٠١.

(٣) لامورانديير، التطور الحديث لقانون الإلتزامات، دروس للدكتوراة، المرجع السابق، ص ٣٨٣، أنظر في التوجيه السياسي في ألمانيا الهتلرية، فولكمار، تعديل العقد بواسطة القاضي في ألمانيا، أعمال الأسبوع الدولي للقانون. باريس، ١٩٣٧، جـ ٢، سيري ، ١٩٣٨، ص ٢٩ – ٣١.

(٤) سوتو، جيرس كلاسير، ١٩٥٠، ١، ٨١٧.

تعويض خسارة هيئة الغاز، بالمكسب الذي حققته هيئة كهرباء فرنسا، بحيث يصبح التطبيق القضائي لنظرية الظروف الطارئة على هيئة الغاز الخاسرة، غير ذي فائدة. وبالمثل فإن الأستاذ لربوربجيونيير، يعتقد أن "في العقد الموجه لا يكون تدخل القاضي مفيداً، لأنه يكفي أن يتدخل المشرع، أو أن تتدخل الإدارة، حسب الأحوال، لفرض القواعد الآمرة"[١]. وعندما يتحدث هذا الأستاذ عن تدخل الإدارة فهو يقصد في الغالب العقود الإدارية.

وعلى عكس ما سبق نجد فقيها آخر مثل الأستاذ رييج، إستطاع أن يقترح تدخل القاضي في العقد كوسيلة "من وسائل الدفاع عن الإرادات الخاصة ضد التوجيه العقدي"[٢]. وهذه عبارة مليئة بكل المتناقضات. لأن تدخل القاضي في نظر أصحاب النظرية، هو أحد مظاهر التوجيه العقدي، وليس وسيلة دفاع ضد هذا التوجيه.

وبإختصار فإن التوجيه يتعلق بالسياسة التشريعية، والقوى الخلاقة للقانون، وليس بالصياغة القانونية. ففي مجال الصياغة، فإن التوجيه لا يعني شيئاً. لهذا، فإن القول في نطاق دراستنا، أن العقد المعدل هو عقد موجه، وهو قول لا معنى له. فمشكلة تعديل العقد من الناحية الفنية تظل قائمة كما هي.

(١) لربوربجيونير، مناقشة حول دور القاضي في تفسير العقود، أعمال كابتان، ١٩٤٩، ص ١٠٣ - ١٠٤.

(٢) الفريد رييج، دور الإرادة في التصرف في القانون المدني الفرنسي والألماني، رسالة، ستراسبورج، ١٩٥٨، باريس ١٩٦١، الصفحات ٢٣٨ - ٢٤٩، خاصة ص ٢٤٩.

٣٤- حيلة العدالة وحيلة العقد:

لقد لاحظنا من قبل أن قرينة العدالة التي يقف عليها العقد، تتجه أحياناً نحو الحيلة[1] فتوجد عقود تجرح العدالة وتخالف العقل. و لا يمكن أن نؤسس هذه العقود على مبادئ الأخلاق بدون أن نخالف الحقيقة. وإنكار الحقيقة هنا، هي حيلة، وهي الأسوأ بين جميع الحيل الأخرى، وهي حيلة العدالة. فهي ليست "حيلة – وسيلة" قد تكون لازمة لصياغة القواعد القانونية، ولكنها "حيلة – هدف" يقصد بها تبرير القاعدة القانونية. والواقع أنه من غير المتصور أو الجائز أن يصبح الظلم هدفاً لتبرير أية قاعدة من قواعد القانون. وحيلة العدالة لا مبرر لوجودها على الإطلاق. ووجودها يمكن فهمه فقط بسبب صعوبة إكتشاف وجودها، لأنه من الصعب القول بأن العقد عادل أو غير عادل. ولكن بمجرد إكتشاف حيلة العدالة، فإنها تصبح غير محتملة ولا يجوز الإبقاء عليها. فالقانون يجب أن يتحرك ضد أية حيلة للعدالة يتم الكشف عنها. وتعديل العقد الظالم لا يعدو أن يكون تعبيراً عن مثل هذا التحرك.

ولكن من الواضح أن القانون لا يستطيع أن يتخلص من الظلم، إلا بالتخلص من مصدره، وهو العقد الظالم.

وعندما تصبح المصالحة بين العقد وبين العدل، مجرد حيلة أو تحايل، فإن إنقضاء الإلتزام العقدي يصبح أمراً لا بد منه. وكما يقول جورج ريبير، فإن الإلتجاء إلى التعديل يعني أن "القاضي يحطم العقد

---

(١) راجع ما سبق، فقرة ٢١.

الذي فقد سبب وجوده"[١]. وهذه كانت خاتمة المبحث الأول من هذا الفصل.

وعندما يقوم القاضي بتعديل العقد، فإنه لا يقتصر فقط على القضاء على الإلتزام العقدي، ولكنه يقيم بدلاً منه تنظيماً جديداً لحقوق الأطراف. أما القول بأن العقد لا زال قائماً بعد تحطيمه، وإرجاع التنظيم الجديد الصادر عن إرادة القاضي[٢]. إلي إرادة المتعاقدين.

فمعنى ذلك أننا نقع في حيلة جديدة هي حيلة العقد، ويصبح الأمر في هذه الحالة متعلقاً "بحيلة – وسيلة".

وبحسب تعريفها فإن الحيلة "تجعل الشيء الكاذب صحيحاً"[٣]. فهي "ضد الحقيقة تماماً"[٤].ولكن ما هي هذه الحقيقة التي تقف منها الحيلة موقف الضد؟ وهل هناك فعلاً حقيقة في الحياة؟ وهكذا فنحن الآن أمام أصعب سؤال في نظرية المعرفة. وتحت ضغوط أنصار النسبية في كل شيء نجد دابان يؤكد "الطبيعة النسبية لفكرة الحيلة"[٥].

ومع ذلك فنحن من هؤلاء الذين يؤمنون بوجود حقائق، وهي تلك التي يدركها العقل بوضوح كامل لا يتطرق إليه الشك حسب نظرية الفيلسوف ديكارت. ونحن نؤمن بمبادئ نظرية المعرفة وخاصة المبدأ

---

(١) جورج ريبير، القاعدة الأخلاقية، المرجع السابق، ص ١٤٣.

(٢) ستأتي المناسبة فيما بعد لإثبات أن عمل القاضي هو عمل إرادي صادر عن إرادته.

(٣) جان دابان، صياغة القانون الوضعي. المرجع السابق، ص ٢٧٩.

(٤) فرانسوا جني، العلم والصياغة، المرجع السابق، جـ ٣، ص ٣٩٧؛ أضف روبييه، النظرية العامة للقانون، ص ١١٥؛ مارتي ورينو، القانون المدني، جـ ١، ص ٩٩.

(٥) دابان، صياغة القانون الوضعي، ص ٣٠٢ وما بعدها، فقد يحدث، كما يقول أن حيلة الأمس التي خلقها الفقهاء إصطناعاً، تصبح حقيقة علمية في المستقبل... الخ، ص ٣١٧.

الأسمى من هذه المبادئ. وهو مبدأ السبب المنشئ[١]، وطبقاً لهذا المبدأ ينبغي أن نرجع كل شيء إلى السبب المنشئ له. فإذا أرجعنا آثار الحكم إلى العقد، فإننا نخالف بذلك مبدأ السبب المنشئ. وتصبح حيلة العقد موجهه بطريقة مباشرة ضد المبدأ الأساسي للمعرفة. ولم يكن الفقهاء في هذا الشأن مخدوعين أبداً[٢].

ونحن لا نريد أن نقيم هنا محكمة لفكرة الحيلة القانونية. ويكفي فقط أن نلاحظ أن الحجة الأساسية في الدفاع عنها هي حجة "القصور في العقل الإنساني"[٣]. ويقول جني أيضاً "أن الفقيه لا ينبغي أن يعفي نفسه أبداً من مسئولية البحث المستمر عن الوسائل الفنية المطابقة للحقيقة"[٤]. وهو يتساءل أيضاً "ألم يحن الوقت لترك هذا الأسلوب المليء بعدم اليقين والغموض والأخطاء؟"[٥].وهذا التساؤل الإستنكاري ينطوي على الإجابة عليه، فهي بالقطع نعم، لقد حان الوقت.

٣٥ـ التجديد الضروري:

بتعديل الإلتزام العقدي، فإن الحكم يقضي على هذا الإلتزام وينشئ بدلاً منه إلتزاماً جديداً. وهذا لا يعني أي شيء أخر سوى أن هذا الحكم مجدد، ومنشئ ومصدر للإلتزام. وتعديل القاضي للعقد ينشئ إلتزاماً

---

(١) راجع كابتان، الالتزم القضائي، فقرة ١، ص ١ وما بعدها.

(٢) أنظر حول حيلة العقد، فرانسوا جني، العلم والصياغة، جـ ٤، ص ٢١، هامش ٢. وأنظر كذلك عشرات المراجع المشار إليها في كتابنا، الإلتزام القضائي، ص ١٤٩، هامش ١١٩.

(٣) جني، العلم والصياغة، جـ ٣ـ ص ١٤٤، وجني يعبر عن كراهية خاصة نحو حيلة الإرادة، ص ٤١٨.

(٤) جني ، المرجع السابق، ص ٤١٦.

(٥) جني ، المرجع السابق، ص ٤١٦.

جديداً هو الإلتزام القضائي. وهذه الفكرة تبدو واضحة وطبيعية لدرجة أن جانباً كبيراً من الفقه يأخذ بها، دون أن يعطيها مع ذلك الإهتمام الذي تستحقه. وهؤلاء الفقهاء، في الواقع، لا يدركون تماماً الفكرة الفنية للتجديد الضروري. ومع ذلك فإن أقوالهم المتباينة، تعبر بوضوح عن فكرة حلول إلتزام جديد، قد يكون قانونياً أو قضائياً، محل الإلتزام العقدي الذي انقضى.

وهكذا نجد عضو مجلس الشيوخ موران يقول أنه "من الناحية القانونية فإن تعديل الأجرة في عقد الإيجار يصيب قانون العقد في مطعنين: لأنه بعد تحطيم عقد الإيجار بإبطال الإلتزام الأصلي الذي يقوم عليه، فإنه يقيم إتفاقاً جديداً بتحديد ثمن جديد، وكل هذا خارج إطار إرادة الأطراف التعاقدية. وإبطال عقد هو قطعاً أمراً خطير.

ولكن الأخطر من ذلك بكثير هو إلتزام شخصين بإلتزامات جديدة لم يوافق عليها بإرادته أي واحد منهما"[١]. ومن ناحية أخرى فإن هنري كابتان، يتبنى في تعليق مشهور له عنوانه "نظام مخالفة العقود"[٢]، الآراء التي أبداها. عضو الشيوخ موران.

وكما يقول جوسران فإنه بتعديل أتعاب الوكيل والمهندس والطبيب .... الخ فإن "قرار السلطة العامة يحل محل القرار العقدي"[٣]. ومن

---

(١) موران، تقرير ٧ يوليو ١٩٣٢، مضبطة مجلس الشيوخ، ص ٩٩٦. مشار إليه في كتابنا، الإلتزام القضائي، ص ١٥٠.

(٢) داللوز، الأسبوعي، ١٩٣٤، ص ٣، هامش١.

(٣) جوسران ، نظرة عامة على الإتجاهات المعاصرة لنظرية العقود، المرجع السابق، ص ٢٥.

ناحية فإن جورج ريبير يقول أنه بتعديل العقد، فإن "المشرع يحل إلتزاماً آمراً محل الإلتزام الناشئ عن العقد"[١].

والأستاذ موري يؤكد أيضاً بمناسبة تخفيض الإلتزامات المغالى فيها للقاصر المأذون، بأن القاضي "يحل محل" القاصر[٢].

ولذلك فإنه كان طبيعياً أن فكرة خلول إلتزام محل إلتزام آخر، لم تكن غائبة طوال أعمال الأسبوع الدولي للقانون لسنة ١٩٣٧، الذي عالج بصفة خاصة مشكلة تعديل القاضي للعقد.

فكما يقول الأستاذ فولكمار، أنه بتعديل العقد، فإن المحكمة "تحل محل المضمون المتفق عليه بين الأطراف" مضموناً جديداً"[٣].

وفي القانون الإنجليزي يقول الأستاذ جتردج "إذا اقتضت المحاكم تنفيذ الشروط الجديدة، فإنها تخلق في الواقع عقداً جديداً بين الأطراف"[٤].

بل أكثر من ذلك فإن كلمة التجديد إستخدمها المقرر العام للمؤتمر الأستاذ نبوابيه، فهو يقول "فلنسمي الأشياء بإسمها الحقيقي. العقد المعدل لم يعد له من العقد غير الإسم، فعلى أنقاض هذا العقد يقوم التنظيم الجديد الذي يضعه القاضي. ونحن لا ننكر الفائدة الإجتماعية لذلك. إلا أنه في فرنسا فإن فكرة العقد في أساسها هي التي حالت دون تطبيق نظرية الظروف الطارئة. ولا يعني هذا أن العقود يجب أن تنفذ دائماً. ولكن

---

(١) ريبير، النظام الديمقراطي، المرجع السابق، فقرة ١٦ ص ١٩٢؛ القاعدة الأخلاقية، ص ١٥٦.

(٢) موري، فكرة المقابل، المرجع السابق، ص ١٦٣

(٣) فولكمار، تعديل القاضي للعقود في ألمانيا، أعمال الأسبوع الدولي للقانون، سيري، ١٩٣٨، ص ١٥.

(٤) جتردج، تعديل العقود بواسطة القاضي في القانون الانجليزي، أعمال الأسبوع الدولي للقانون، ص ٤١.

المشرع وحده هو الذي يختص بأن يعهد إلى القاضي بأن يكون المنفذ لأفكاره، وأن يقوم بتجديد الإلتزام العقدي، إلى إلتزام هو من الآن فصاعداً، إلتزام قانوني. وهذا التجديد قد تبرره بعض الظروف الخاصة"[١].

والواقع أنه إذا جاز لنا أن نقوم نتائج الأسبوع الدولي للقانون، فإننا نقول أن هذه السطور التي وردت في التقرير العام. هي أهم من كل المناقشات التي دارت في هذا المؤتمر من ناحية الصياغة القانونية.

ولم تتوقف هذه الفكرة عن الظهور. فكما يقول الأستاذ لوي لوكا. "الإلتزام العقدي يفترض بالضرورة الإتفاق الحر للمتعاقدين. فإذا كان هذا الإتفاق لا وجود له، وإذا ظل الإلتزام مع ذلك موجوداً، فمعنى ذلك أن الإلتزام كف عن أن يكون عقدياً، ليصبح قانونياً"[٢].

وأيضاً كما يقول الأستاذ هارفن، فإن "السلطة تحل محل الأفراد وتريد بدلاً منهم"[٣]. وبالمثل فإن الأستاذ ديوران يؤكد- أن "مركزاً قانونياً سيخلف المركز العقدي"[٤]. وبمناسبة الإمتداد القانوني لعقد الإيجار، يؤكد الأستاذ موريل "كان هناك عقد بين الأطراف قد انقضى. ولكن المشرع يحوله إلى علاقة قانونية. فالأمر يتعلق في مثل هذه الحالة، ليس بعلاقة عقدية ذات أصل قانوني، بل بعلاقة قانونية ذات أصل عقدي"[٥].

---

(١) نبواييه، أعمال الأسبوع الدولي للقانون، ص ١١ – ١٢.

(٢) لوي لوكا، سلطان الإرادة في القانون الخاص الداخلي، والقانون الدولي الخاص، دراسات كابتان، المرجع السابق، ١٩٣٩، ص ٤٧٧.

(٣) هارفن، مناقشة حول مشكلة تدخل الدولة في العقود، دراسات كابتان، ١٩٤٥، ص ١٤٢.

(٤) ديوران، الإجبار القانوني في تكوين العلاقة العقدية، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٤٤، ص ٨٧.

(٥) موريل،العقد المفروض، دراسات ريبير، ١٩٥٠، جـ ٢، ص ١٢٤.

ونجد نفس الفكرة أيضاً عند سافتييه، فهو يقول "في كل الحالات التي تختفي فيها الحرية، وتظل هناك مع ذلك قوة ما. فإن هذه القوة هي قوة النظام العام والدولة"[١].

والواقع فإن الفكرة الفنية للتجديد الضروري تفرض نفسها. فقد توصلنا إلى هذه الفكرة من اليوم الأول الذي بدأنا فيه دراسة تعديل القاضي للعقد. ومنذ ذلك اليوم لم نجد لها بديلاً ، ومن ناحية أخرى فإن الإتفاق التلقائي للفقهاء السابق ذكرهم حول هذه الفكرة، يحول دون أن ننسب الفضل في خلقها إلى أي واحد منهم. فالفكرة قريبة جداً إلى ذهن أي شخص، لدرجة تمنع من إعتبارها إبتكاراً خاصاً لأي شخص معين بالذات. وبساطة الفكرة لا تسمح بإعتبارها فكرة نادرة. وهذا الإتفاق التلقائي حولها بين عدد كبير من الفقهاء، لهو تعبير عن وحدة العقل الإنساني التي يتحدث عنها ديكارت في كتابه "خطة المنهج"[٢].

وهكذا فإن وحدة العقل الإنساني تتغلب على قصوره، فحيلة العقد، تترك المكان لفكرة فنية جديدة قادرة على التعبير تعبيراً صادقاً عن الحقيقة القانونية، وهي فكرة الإلتزام القضائي.

٣٦ـ العنصر الجديد:

يتضح مما سبق أن التجديد الضروري، يتم عن طريق تغيير السبب فالعنصر الجديد في الإلتزام الجديد هو مصدره أو السبب المنشئ له.

---

(١) سافتييه، التطورات الإقتصادية والإجتماعية للقانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ١٩٥٢، ص ٥٩.

(٢) ديكارت، خطة المنهج، باريس، الطبعة ١٩٦٢، ص ١.

فهناك مصدر جديد هو التشريع، أو الحكم حسب الأحوال[١]، سيخلف العقد الذي انقضى من قبل.

ولكن لا ينبغي أن يغيب عن النظر، أن تدخل المصدر الجديد كان القصد منه هو تغيير محل الإلتزام العقدي أو أحد أوصافه. ولذلك سيكون هناك عنصر جديد آخر في الإلتزام الجديد، هو محله أو أحد أوصافه.

ومع ذلك فإن تغيير السبب المنشئ هو الذي يميز التجديد الضروري، فالمصدر الجديد هو الذي يشرح فكرة كون التجديد ضرورياً. ومن المعروف أن مجرد تغيير محل الإلتزام بواسطة المتعاقدين أنفسهما، ليس من شأنه إحداث التجديد، إلا بتوافر نية التجديد Animus Novandi. وعلى العكس فإن مجرد تغيير محل الإلتزام بواسطة مصدر جديد خارج إرادة الأطراف، يؤدي بالضرورة في كل الحالات إلى تجديد هذا الإلتزام. لأنه غير المتصور أبداً الإحتفاظ بالإلتزام القديم، بعد تحطيم مصدره وإحلال إلتزام جديد محله. ومن ناحية أخرى فليس هناك مجال لإشتراط نية التجديد للمتعاقدين، لأن التعديل موجه أساساً ضد إرادتهما.

بإختصار فإن التعديل يؤدي إلى تغيير في المصدر، وتغيير في المحل أو الأوصاف. ولكن تغيير المصدر هو الذي يميز عملية التجديد، ويعطي للتجديد ما يتصف به من أنه ضروري.

٣٧ ـ التجديد الضروري وتنازع القوانين في الزمان:

في نطاق العقود فإن تنازع القوانين من حيث الزمان. يحكمه بصفة إستثنائية مبدأ إستمرار العمل بالقانون القديم الذي تم إبرام العقد في ظله. ففي نطاق العقود يستبعد مبدأ الأثر الرجعي للقانون الجديد، وكذلك

---

(١) سيكون هناك مجال فيما بعد للتفرقة بين التجديد التشريعي والتجديد القضائي.

يستبعد مبدأ الأثر المباشر[١]. وينطبق مبدأ إستمرار العمل بالقانون القديم الملغي، حتى ولو كانت نصوص القانون الجديد آمرة.

وإذا كان مبدأ عدم رجعية القانون الجديد، يعبر عن "قاعدة عليا"[٢] كما يقول روبييه، أو قاعدة من قواعد "الصياغة الأساسية"[٣] حسب تعبير جورج ريبير، بحيث يؤدي إهدار هذا المبدأ إلى "اللاقانون، أو تحطيم فكرة القانون"[٤]. وإذا كان مبدأ إستمرار العمل بالقانون القديم، يعني "إعطاء حماية أكثر"[٥] للمتعاقدين. فإن ذلك لا يمنع المشرع من الخروج أحياناً على أي من هذين المبدأين. وربما يكون هذا الخروج مبرراً في بعض الأحيان بإعتبارات العدالة التي تسمو على أي شيء.

وتطبيق المبدأين على العقود (مبدأ عدم الرجعية ومبدأ إستمرار العمل بالقانون القديم)، يعني في الواقع إضافة مبدأين مساعدين للمبدأ الأصلي وهو مبدأ إحترام الإرادة . ومن الواضح أنه لن يكون لهذين المبدأين المساعدين، قيمة أعلى من قيمة مبدأ الإرادة ذاته وهو المبدأ الأصلي. ففي جميع الأحوال، كما يقول ريبير، فإن "المشرع يستطيع تحطيم العقود التي يرى أن تنفيذها أصبح مستحيلاً أو غير عادل"[٦]. وتعديل العقد يمكن تصور حدوثه بطريقتين مختلفتين. الأولى وهي غير مباشرة، تتحقق عندما يقوم القانون الجديد بتعديل الأحكام التي تخضع لها العقود

---

(١) بول روبييه، القانون الإنتقالي، طبعة ٢، ١٩٦٠، ٣٦٠؛ وراجع المراجع العديدة المشار إليها في كتابنا النظرية العامة للقانون، ص ٦٤٦ وما بعدها.

(٢) روبييه، المرجع السابق، ص ٤٣٥.

(٣) جورج ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص ٣٢٢.

(٤) جورج ريبير، إضمحلال القانون، ص ١٧٩؛ قارن مع ذلك، النظام الديمقراطي، ص ٢٨٨.

(٥) روبييه، المرجع السابق، ص ٣٩٢.

(٦) ريبير، النظام الديمقراطي، ص ٢٨٩.

الجاري تنفيذها. والطريقة الثانية هي الطريقة المباشرة عندما يقوم القانون الجديد بتعديل شروط العقود الجارية، أو يسمح للقاضي مثلاً بتعديلها. وفي الحالتين فإن القانون الجديد يؤدي إلى إنقضاء الإلتزام العقدي القائم، وينشئ بدلاً منه إلتزاماً جديداً.

وفي الحالة الأولى فإن التجديد يمكن فهمه على النحو الآتي: العقد بإعتباره مصدراً للإلتزام، يستمد قوته من مصدر أخر أعلى منه، وهو القانون الذي تم إبرام العقد في ظله، ولذلك فإن تحطيم المصدر الأعلى وهو القانون القديم، وإحلال قانون جديد يحل محله، يؤدي إلى تحطيم المصدر الأدنى وهو العقد، وإنقضاء الإلتزامات الناشئة عنه وإستبدالها بإلتزامات جديدة، مصدرها القانون الجديد، وهذا يشرح مبدأ إستمرار العمل بالقانون القديم. لأن المقصود به هو الإبقاء على العقود التي تمت في ظله احتراماً لإرادة المتعاقدين، بدلاً من تحطيمها وتجديد الإلتزامات الناشئة عنها وإنشاء إلتزامات جديدة، لا يمكن إرجاعها إلى إرادة المتعاقدين(١).

ولذلك يبدو أن الأساس الفني لمبدأ إستمرار العمل بالقانون القديم على المراكز العقدية، هو أن تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر على هذه المراكز يؤدي إلى نوع من تعديل العقود تعديلاً تشريعياً. وهو ما يعني إنقضاء الإلتزامات الناشئة عن هذه العقود ونشأة إلتزامات أخرى قانونية تحل محلها(٢).

أما في الحالة الثانية فإن التجديد الضروري يبدو أكثر وضوحاً، ويتحقق ذلك عندما يقوم المشرع بإصدار قانون جديد يعدل شروط العقد

---

(١) راجع النظريات المختلفة في الموضوع، روبييه، المرجع السابق، ص ٣٨٥ وما بعدها.

(٢) راجع كتابنا، النظرية العامة للقانون، ص ٦٩٩.

يؤدي تعديل شرط العقد إلى حلول إلتزام جديد محل الإلتزام العقدي. وكما يقول الأستاذ روبييه، فإن تعديل العقد يعني "إحلال نظام جديد محل النظام الذي قرره المتعاقدين"(١).

ونخلص مما سبق إلى القول بأن قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان، في نطاق العقد، قصد بها المحافظة على العقود التي تم إبرامها في ظل قانون قديم، ومنع تجديد الإلتزامات الناشئة عنها. وعندما يخالف المشرع هذه المبادئ فإنه يقصد بذلك بصفة أساسية، إحلال تنظيم جديد محل التنظيم الذي وضعه المتعاقدان.

٣٨ـ التجديد الضروري بالإرادة المنفردة:

كل تعديل للإلتزام العقدي ناشئ عن مصدر بعيد عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، يؤدي بالضرورة إلى تجديد هذا الإلتزام، وهكذا إذا أمكن تصور تعديل العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، فإن ذلك يعني التجديد الضروري للإلتزام بالإرادة المنفردة.

وفي نطاق القانون الإداري فإنه من المسلم به أن العقود الإدارية يمكن تعديلها بالإرادة المنفردة للسلطة الإدارية. وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، بشرط تعويض المتعاقد الآخر(٢). وقد حاول البعض بدون حق، إلحاق مثل هذا التعديل لا بالإرادة المنفردة، بل بالإرادة المشتركة للمتعاقدين(٣)، فالأمر يتعلق في الواقع بتجديد ضروري

---

(١) روبييه، المرجع السابق، ص ٤٣٩.

(٢) فالين، الفردية والقانون، المرجع السابق، ص ١٩٧.

(٣) سوتو، الظروف الطارئة والإقتصاد الموجه، جيرس كلاسير، ١٩٥٠، ١، ٨١٧.

للإلتزام العقدي بالإرادة المنفردة للإدارة. فالإلتزام العقدي يتحول إلى إلتزام إداري مصدره القرار الإداري[١].

ولكن في نطاق القانون المدني، فإنه من الصعب جداً، تصور إمكان تعديل العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين. وحتى الكتاب الذين يؤكدون إنهيار مبدأ سلطان الإرادة، لا يترددون مع ذلك في رفض تعديل العقد بالإرادة المنفردة[٢]. وهكذا نجد الأستاذ ديموج في مقالته عن "تعديل العقود بالإرادة المنفردة"، يخلص إلى القول بأن "التعديلات لا يمكن أن ترد إلا على مسائل غير أساسية".

ومن ناحية أخرى فهو يخلط بين التعديل بالإرادة المنفردة، والتعديل بواسطة القاضي. وبصفة عامة فإن الإرادة المنفردة، تعني لديه "بدون إرادة الكل"[٣].

ومع ذلك فإنه يوجد تطبيق يدعو للصدمة في تحويل عقد المزارعة إلى عقد إيجار أرض زراعية. فالمادة ٨٦٢ من التقنين الزراعي الفرنسي تنص على أن "كل عقد مزارعة يجب أن يتحول إلى عقد إيجار أرض زراعية إذا طلب ذلك المالك أو الزارع". وقد اعتبر البعض أن هذا النص خطير للغاية[٤]، وغير مفهوم[٥]، "ويخالف كل مبادئ القانون المدني"[٦]. فالأمر يتعلق كما يقول الأستاذ سافتييه، "بتحطيم عقد، ووضع

---

(١)القرار الإداري يمكن أن يكون مصدراً للإلتزام. راجع، كتابنا، القرار الإداري مصدر للحـق، الإسكندرية، ١٩٧٢.

(٢) موران، تفكك نظرية العقد، أرشيف فلسفة القانون، ١٩٤٠، ص ٢١.

(٣) المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٠٧، الصفحات ٣٠٢، ٣٠٧، ٣٠٩.

(٤) ريبير، إضمحلال القانون، ص ١٨٣، القوى الخلاقة للقانون، ص ٢٢٠.

(٥) سافتييه، تطورات القانون، المرجع السابق، سيري، ١٩٥٩، ص ٢٦٦.

(٦) بلانيول وروبير وبولانجيه، موسوعة القانون المدني، جـ ٣، ١٩٥٨، ص ٦٣٧.

شيء مختلف عنه تماماً، نفرضه على أحد المتعاقدين بناء على طلب المتعاقد الآخر"(١). وكما يقول الأستاذ ريبير، "كل هذه التعديلات تتم بفعل الإرادة المنفردة"(٢). فالإرادة المنفردة، تقضي بضربة واحدة على كل الإلتزامات الناشئة عن عقد المزارعة، وتنشئ بدلاً منها إلتزامات جديدة تدخل في إطار عقد أخر، هو عقد إيجار الأرض الزراعية، والتجديد هنا ضروري ولكنها حالة نادرة إستثنائية.

٣٩ـ التجديد التشريعي والتجديد القضائي:

كل تعديل للإلتزام العقدي، صادر عن سبب بعيد عن إرادة المتعاقدين، يؤدي بالضرورة إلى تجديد هذا الإلتزام، فإذا كان التعديل صادراً عن إرادة المشرع فإن التجديد يكون تشريعياً، وإذا كان صادراً عن إرادة القاضي، فإن التجديد يكون قضائياً.

ولكن لا ينبغي أن يغيب عن النظر أن القاضي لا يستطيع تعديل العقد، بدون تفويض صريح من القانون في مصادره المختلفة، والتي يحتل التشريع المكان البارز فيها. فالغالب أن القاضي يقوم بتعديل العقود بتفويض صريح من المشرع.

والغالب أن المشرع عندما يريد تعديل العقود فإنه يلجأ إلى القاضي، ولا يقوم بذلك بنفسه مباشرة.

ومع ذلك فإن الفرق بين التعديل التشريعي للعقد، والتعديل القضائي يظل واضحاً تماماً، ويستمد معياره من السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي. فلا يجوز الحديث عن تعديل قضائي إلا إذا كان القاضي يتصرف في العقد بإرادة حرة. ولا يجوز الحديث عن الإلتزام القضائي

---

(١) مناقشة مشكلة تدخل الدولة في العقود، أعمال كابتان، ١٩٤٥، ص ١٦٤.

(٢) ريبير، نظام إيجار الأراضي الزراعية، داللوز، ١٩٤٦، ١.

إلا في الحالات التي يسلم فيها المشرع العقد إلى عدالة القاضي. فيجب أن تكون للقاضي سلطة تقديرية حتى يكون تدخله خالقاً ومنشئاً للإلتزام. وحسب التعبير المتميز للأستاذ السنهوري، فإن المشرع المصري عندما طبق نظرية الظروف الطارئة فإنه "أطلق يد القاضي في العقد"(١). فالأمر يتعلق هنا، بتجديد قضائي بمعنى الكلمة.

وغنى عن الذكر أن القاضي، عندما يستخدم سلطته التقديرية، فإنه لا يسيء إستعمالها. والقانون عندما يمنح القاضي مثل هذه الحرية، فإنه يعبر عن ثقته فيه. القانون يفترض فعلاً أن القاضي هو "تجسيد العدالة" كما يقول أرسطو(٢). وكما يقول توماس الأكويني أنه بالرجوع إلى أرسطو "فإن القاضي يأخذ ممن لديه زيادة ما هو أكثر من النصف، ويضيف ما أخذه إلى من لديه النصب الأصغر"(٣). وهكذا فإن القاضي كما يقول أرسطو أيضاً "يمسك بالميزان متساوياً بين الطرفين"(٤). وإذا أخطأ القاضي في حكمه في بعض الأحيان، فإن هذا هو ثمن الرجوع إلى إرادة إنسانية لتحقيق العدل. وهو ثمن لابد من دفعه في العالم الذي نعيش فيه.

والواقع أن تعديل القاضي للعقد لا يعدو أن يكون إستبدالاً لوسيلة فنية بوسيلة فنية أخرى، تبين عجزها عن إدراك الهدف منها في بعض الحالات الخاصة.

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ١، ص ٦٤٦.

(٢) أرسطو، الأخلاق، ٥، ٤، ٧.

(٣) توماس الأكويني، اللاهوت، السؤال ٥٨، ١، ٥.

(٤) أرسطو. الأخلاق، ٥، ٤، ٨.

والسلطة التقديرية للقاضي تعتمد على طبيعة القاعدة القانونية التي تقرر إمكانية تعديل العقد، وما إذا كانت هذه القاعدة جامدة أم مرنة. والقاضي يستمد سلطته التقديرية من القواعد المرنة. وهذا يدعونا إلى دراسة فكرة المعيار القانوني.

٤٠ ـ المعيار القانوني: فكرة أسيء فهمها بسبب الترجمة الخاطئة للكلمة الإنجليزية Rule:

كلمة معيار أو Standard باللغة الإنجليزية، أخذت أهمية كبيرة في الفقه الفرنسي، سواء من أنصار الفكرة التي تعبر عنها هذه الكلمة أو من خصومها.

ومن أنصار هذه الفكرة الأستاذ موران الذي يرى فيها "العلاج الضروري لمشكلة العقد، بل لمشكلة التشريع". وهو يهنئ نفسه لأنه كان أول من دافع عنها أما الجمعية الفرنسية للفلسفة في جلستها بتاريخ ٢٧ ديسمبر ١٩٢٤[1]. والأستاذ الكبير هوريو يعتبرها من "العناصر الحاسمة، التي تشرح الأزمة التي يواجهها في الوقت الحاضر القانون الخاص"[2]. وقد ذهب الأستاذ السنهوري إلى حد القول بأنها فكرة تسمو على مذهب التفسير لفرانسوا جني[3].

ومن خصوم الفكرة نجد الأستاذ موري لا يجد صعوبة في أن يتحدث عن "منظري" أو أتباع نظرية المعيار[4].

---

(١) موران، التشريع والعقد. المرجع السابق، ص ٤٦ – ٤٧.

(٢) هوريو، البوليس القانوني وجوهر القانون، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٢٦، ص ٢٩٤.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، القيود التعاقدية على الحرية الفردية للعمل في القانون الإنجليزي، رسالة، ليون ١٩٢٥، ص ٢٦ – ٣٧.

(٤) موري، ملاحظات حول طريق التعبير عن القانون، القواعد والمعايير، في الدراسات المهداة إلى لامبير، ١٩٣٨، جـ ١، ص ٤٢٣.

ومع ذلك فإن هذا التقدير المبالغ فيه لأهمية هذه الفكرة، لم يذهب دون إثارة رد فعل عكسي مبالغ فيه أيضاً. فنجد الأستاذ ديجي يتساءل. "لماذا نستخدم كلمة إنجليزية وبربرية فرنسية للتعبير عن أشياء سهلة وقديمة قدم العالم نفسه"[١].

وسواء اتفق الفقهاء أو اختلفوا حول أهمية فكرة المعيار، فإنهم مع ذلك يتفقون جميعاً على أن المعيار هو وسيلة للتعبير عن القانون، مختلفة عن القاعدة وقابلة للمقارنة بها. وكل الأدب القانوني في الموضوع، يهتم قبل كل شيء، بإبراز "الفروق العميقة التي تميز وتفصل بين هاتين الوسيلتين المتعارضتين تماماً"، حسب تعبير الأستاذ ستاتي الذي وضع رسالته للدكتوراة عن هذه الفكرة[٢].

أو كما يقول الأستاذ السنهوري في رسالته للدكتوراة، فإن المعيار يختلف عن القاعدة في طبيعته وفي وظيفته وفي مجال تطبيقه"[٣].

والأمر يتعلق كما يقول هوريو "بوسيلة من وسائل الصياغة المنافسة لفكرة القاعدة القانونية"[٤]. والبعض مثل الأستاذ السنهوري يؤكد "سمو فكرة المعيار على فكرة القاعدة"[٥]، أما البعض الآخر مثل الأستاذ موري، فيرى أن المعيار "أقل في القيمة من القاعدة"[٦].

وعلى خلاف هؤلاء الفقهاء الكبار، نرى من الواجب أن نؤكد أن النظام القانوني في فرنسا وفي مصر يقوم فقط على القواعد القانونية.

---

(١) ديجي، موسوعة القانون الدستوري، المرجع السابق، جـ ١، ص ١٦٨.
(٢) مارسيل ستاتي، المعيار القانوني، رسالة، باريس، ١٩٢٧، ص ١٠٣.
(٣) عبد الرزاق السنهوري، الرسالة السابق ذكرها، ص ٣٨.
(٤) هوريو، البوليس القانوني وجوهر القانون، المرجع السابق، ص ٢٦٦.
(٥) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٥.
(٦) موري، المرجع السابق، ص ١٧٩.

والمعيار لا يدخل أبداً في منافسة أو مقارنة مع القاعدة. لأنه لا وجود للمعيار خارج القاعدة. فهو لا يمكن تصوره إلا على أساس أنه جزء منها. وهذا يحول دون أية مقارنة بينهما.

والواقع أنه توجد مقارنة في القوانين الأنجلوأمريكية بين الـــ Standard وبين rule الأمر. ولكن من الخطأ ترجمة الكلمة الإنجليزية Rule بالكلمة الفرنسية régle أي قاعدة، وبالتالي ترجمة التفرقة بين المعيار والأمر إلى تفرقة بين المعيار والقاعدة.

ولكن ما هو الأمر في القانون الأنجلوأمريكي؟ للإجابة على هذا السؤال يقول الأستاذ روسكو بواند، هو "حل محدد لفرض محدد[١]. فالأمر يتميز بالتحديد والجمود، ولا علاقة لهذا بالقاعدة القانونية التي قد تكون مرنة أو جامدة، حسب الأحوال.

وحسب الأستاذ لامبير، فإن كلمة rule هي كلمة إنجليزية، لا يمكن ترجمتها إلى اللغة الفرنسية[٢]. أليس من المؤسف إذن أن تترجم كلمة غير قابلة للترجمة إلى إصطلاح القاعدة القانونية التي يقوم عليها النظام القانوني سواء في فرنسا أو في مصر؟ بل لعله أخطر من ذلك أيضاً أن يتم تشويه معنى القاعدة القانونية بإعطائها نفس معنى كلمة rule الإنجليزية.

---

(١) روسكو بواند، مقدمة لفلسفة القانون، ١٩٢٣، ص ١١٥.

(٢) لامبير، حكومة القضاة والصراع ضد التشريع الإجتماعي في الولايات المتحـدة، ١٩٢١، ص ٢٠٥، هامش ١.

"فالقاعدة كما يقول الأستاذ السنهوري، تعطي حلاً جامداً لفرض محدد، جمود وتحديد بالنسبة للواقع. وجمود وتحديد بالنسبة للحل الذي ينطبق على هذا الواقع"[١].

والحقيقة غير ما يقوله الأستاذ السنهوري. فالقاعدة القانونية لا تتميز دائماً بالجمود، فهي إما أن تكون مرنة أو جامدة. وكل قاعدة قانونية تتحلل إلى عنصرين؛ العنصر الأول هو الفرض hypothèse والعنصر الثاني هو الحل solution. وتكون القاعدة مرنة إذا كان الفرض فيها مرناً، أو كان الحل فيها مرناً، أو كان كل منهما كذلك. ويكون الفرض في القاعدة مرناً إذا كانت العبارة المستخدمة في تحديد الفرض غير محدد تحديداً دقيقاً. بل كانت عبارة مرنة يمكن أن تتسع فتشمل وقائع معينة أو تضيق فلا تنطبق على هذه الوقائع. والعبارة المرنة هي العبارة المطاطة élastique. أو العبارة (الكاوتشوك) على حد تعبير الأستاذ جني[٢]. ويمكن أن يطلق على العبارة المرنة أيضاً إصطلاح المعيار standard.

فالمعيار إذا دخل في فرض القاعدة أو دخل في حلها، أو دخل في كل منهما، جعل القاعدة مرنة في مجموعها. فهو إذا وجد فإنما يوجد داخل القواعد القانونية المرنة[٣].

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، المعيار القانوني، الدراسات المهداة إلى جني، ١٩٣٥، جـ ٢، ١٤٥. وهكذا نجد الأستاذ السنهوري يؤكد بعد عشر سنوات تقريباً من كتابه رسالته، نفس الأفكار التي أبدأها في الرسالة من قبل. ومع ذلك فهو بعد أن قرأ النقد الذي وجهناه في كتابنا، الإلتزام القضائي، لهذه الأفكار لم يعترض واكتفى بالقول لنا "لقد أمسكت بنا بقوة في هذا الموضوع".

(٢) جني، طريقة التفسير، المرجع السابق، جـ ٢، ص ٨٣.

(٣) راجع كتابنا، النظرية العامة للقانون، فقرة ١٤، ص ٤٤، وما بعدها.

والخصصية الأساسية التي تميز الحكم المنشئ للإلتزام، هي السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي. وسندرس في الفصل الثالث فكرة السلطة التقديرية بطريقة أشمل. ويكفي أن نلاحظ الآن أن السلطة التقديرية. والقاعدة المرنة هي تلك التي تدخل المعايير المرنة في تكوينها أي في فرضها أو في حلها.

٤١م- خلاصة:

يتضح من كل ما سبق أن العقد هو الإرادة وأن التعديل الـضروري والآمر يتجه ضد الإرادة. وتعديل العقد ليس شيء آخر غير إحلال وسيلة صياغة فنية جديدة محل فكرة العقد. فقوة جديدة تحل محل قوة العقد. والقوة الجديدة قد تكون الإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، أو إرادة المشرع، أو إرادة القاضي. وحتى يكون الحلول قضائياً، ينبغي أن يتصرف القاضي بحرية في العقد، وينبغي أن يصدر التعديل فعلاً عن إرادته الخاصة. وبالحلول محل العقد، فإن الحكم يخلق إلتزاماً جديداً هو الإلتزام القضائي، الذي يحل محل الإلتزام العقدي الذي انقضى من قبل. فيوجد إذن حلول لقوة محل قوة أخرى. وحلول لإلتزام محل إلتزام أخر. كل ذلك يحدث في نفس الوقت، لأن الأثر لا ينفصل أبدا عن السبب.

الفصل الثالث
تطبيقات وتحليل وآثار الحكم
المنشئ للإلتزام

منطوق نظرية الإلتزام القضائي هو الآتي: عندما يقوم الحكم بتعديل إلتزام عقدي فإنه يؤدي إلى إنقضائه، وإنشاء إلتزام جديد يحل محله. ويكون الحكم في هذه الحالة مجدداً ومنشئاً ومصدراً للإلتزام. وسندرس في مطلب أول تطبيقات هذه الفكرة، وندرس في مطلب ثان تحليل الحكم المنشئ للإلتزام مع بيان آثاره.

المبحث الأول
تطبيقات الحكم المنشئ للإلتزام
في فرنسا وفي مصر

٤٢ – الغبن بالمعنى الواسع:

تطبيقات الإلتزام القضائي سواء في فرنسا أو في مصر تستجيب إلى فكرة فنية واحدة. وهذه الفكرة تصلح للتطبيق على أي قانون يسمح للقاضي بتعديل العقد وهكذا فإن التطبيقات التي ندرسها يمكن أن تزيد أو تنقص أو تستبدل بغيرها، دون أن يؤثر ذلك في فكرة الإلتزام القضائي ذاتها.

ومن ناحية الموضوع، فإن كل هذه التطبيقات يمكن ردها إلى فكرة الغبن، بالمعنى الواسع لهذا الإصطلاح، أي عدم التعادل في الإلتزامات المتقابلة.

ومع ذلك فليس من الصحيح القول بأن عدم تعادل موضوعي في الآداءات هو دليل على الظلم أو عدم العدل. فالعقد يقوم على المقابل

الرضائي. وحتى من وجهة نظر المبادئ الأخلاقية، فإننا لا نستطيع أن نتجاهل دور الإرادة في تحقيق العدل التبادلي. فمجرد عدم التعادل الموضوعي في الآداءات المتقابلة لا يكفي في ذاته للتعرف على الظلم في العقد.

وعلى العكس عندما يضاف إلى عدم التعادل الموضوعي للآداءات، عنصر أخر مثل عدم خبرة أحد المتعاقدين، أو إستغلال أحد المتعاقدين للآخر، أو عدم التعادل في القوة الإقتصادية للطرفين، أو وقوع أحداث طارئة غير متوقعة... الخ فإن العقل يستطيع في أي من هذه الحالات أن يستخلص وجود الظلم في العقد. ويسمح بالتالي بتعديله.

ومن ناحية أخرى فإن العنصر الإضافي الذي يسمح بإكتشاف الظلم والتعرف عليه، قد يوجد في شخص المتعاقد، أو طبيعة العقد، أو في ظروف خارجية.

ولهذا فإن التفرقة بين غبن موضوعي وغبن شخصي لا تبدو لنا مقبولة. لأن الغبن دائماً موضوعي. فهو يتمثل في عدم التعادل بين الأداءات.

والعنصر الذي يسمح بإستخلاص الإدانة الأخلاقية للعقد، من عدم التعادل الموضوعي بين الإلتزامات، قد يكون عنصراً شخصياً متعلقاً بأحد المتعاقدين (عدم خبرته، إستغلاله بواسطة المتعاقد الآخر..)، ولكنه قد يكون متعلقاً بطبيعة العقد، كالطبيعة الفنية أو المهنية لبعض العقود وقد ينتج أخيراً من ظروف خارجية مثل الظروف الطارئة. وفي أي فرض من الفروض السابقة فإن هذا العنصر لا يدخل في تكوين فكرة الغبن ذاتها، أي عدم التعادل في الإلتزامات. وظيفة هذا العنصر الإضافي فقط، هي إستخلاص المعنى الأخلاقي من عدم التعادل الموضوعي. هذا

العنصر الإضافي هو الذي يسمح بالتعرف على حيلة العدالة في العقد الظالم، ويبرر بالتالي تعديله. أما فكرة الغبن فهي دائماً واحدة. ولكن التعرف على الغبن، وإكتشافه هو الذي يقتضي الإستعانة بعنصر آخر قد يكون شخصياً أو غير ذلك.

والغبن إما أن يكون مصاحباً لوقت إبرام العقد، أو أن يطرأ بعد إبرام العقد. وسندرس هذين النوعين في مطلبين متتاليين.

المطلب الأول
الغبن المعاصر للعقد

لا تهدف دراستنا إلى إظهار الفروق بين القانون الفرنسي والقانون المصري، بقدر ما تهدف إلى دراسة تطبيقات مبدأ واحد على قانون كل من البلدين. وتختلف التطبيقات التي ندرسها هنا، بحسب العنصر الإضافي الذي تحدثنا عنه في الفقرة السابقة، وبعض هذه التطبيقات توجد في قانون كل من البلدين، ولكن البعض الآخر يوجد في قانون أحدهما فقط. وندرس أولاً إستغلال أحد المتعاقدين بواسطة المتعاقد الآخر.

٤٣- الإستغلال طبقاً للمادة ١٢٩ من القانون المدني المصري:

لمواجهة مشكلة "التعامل الفني مع الغبن" حسب تعبير مارتي ورينو[١]، وهي مشكلة اعتبرها البعض "غير قابلة للحل"[٢]، فإنه يجب الرجوع، كما ذكرنا من قبل إلى عنصر أخر مصاحب لعدم التعادل الموضوعي في الآداءات المتقابلة ويأتي هذا العنصر "ليقوي الغبن ويكشف عن وجهه القبيح"[٣].

---

(١) مارتي ورينو، القانون المدني ، جـ ٢، ص ١٤٩.

(٢) ريبير، القاعدة الأخلاقية، ص ١٠٥.

(٣) بيران، دراسة حول قابلية الإلتزامات المبالغ فيها للتخفيض، المرجع السابق، ص ٣٠٥.

فعدم التعادل الموضوعي لا يكفي بمفرده. فلا يمكن إعتبار الغبن "كعيب في العقد ذاته"، كما يذهب إلى ذلك البعض[1].

وهكذا فإن المشرع المصري، وحتى يتمكن من محاربة عدم التعادل الجسيم بين الإلتزامات المتقابلة، فقد لجأ في نص عام في نظرية الإلتزامات إلى عنصر إضافي شخصي هو إستغلال أحد المتعاقدين للآخر. فيجب أن يثبت طبقاً للمادة ١٢٩ "أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوي جامحاً". فالأمر يتعلق إذن بإضافة فكرة جديدة هي فكرة الإستغلال، إلى الفكرة المقصودة أصلاً وهي فكرة الغبن. وهي عملية متعارضة تماماً مع ما يسميه دابان حذف الأفكار[2]. ولا يتعارض الأمر كذلك بإحلال فكرة محل أخرى كما يعتقد جني، لأن العنصر الشخصي يضاف إلى عدم التعادل الموضوعي ولا يحل محله.

ومن ناحية أخرى فإن العنصر الشخصي الذي يقصده التقنين المدني المصري[3]، هو عنصر مركب يتعلق بكل من المتعاقدين في نفس الوقت، والإستغلال يعني أن المستغل قد ارتكب خطأ، وأن إرادة من وقع عليه الإستغلال أصبحت معيبة[4]. وبعض التقنينات الأخرى مثل التقنين الألماني لا تنظر إلى الإستغلال إلا من ناحية من وقع منه الإستغلال.

---

(١) كلايسكنز، الغبن في العقود في بلجيكا، أعمال كابتان، ١٩٤٥، ص ٢٠٢، ص ٢٠٥.

(٢) طبقاً للاستاذ دابان، فإن عدم الإعتداد بالعنصر الشخصي، والإعتداد فقط بالعنصر الموضوعي، هو بمثابة حذف وإستبعاد (دابان، صياغة القانون الوضعي، ص ١٥٨ – ١٦١). والصحيح أن الإعتداد بالعنصر الشخصي لا يشكل أي حذف أو إستبعاد، لأن الغبن يتمثل في عدم التعادل الموضوعي. أما إضافة العنصر الشخصي فهو الذي يعتبر إضافة لفكرة جديدة.

(٣) جني، العلم والصياغة، جـ ٣، ص ٦٤ – ص ٦٥.

(٤) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، جـ ١، ص ٣٦٨.

وطبقاً للمادة ١٣٨ من هذا التقنين فإن الإستغلال يمثل إعتداء على الآداب العامة. فالأمر يتعلق "بجريمة مدنية"، كما يقول سالي[١]. ونفس الفكرة توجد في القانون الانجليزي تحت إسم "إساءة إستعمال النفوذ"[٢]. والواقع كما يقول الاستاذ ديمونتيز لا يوجد فارق بين الخطأ، وإساءة إستعمال النفوذ، إلا من ناحية الألفاظ المستخدمة فقط للتعبير عن نفس الشيء[٣].

ومع ذلك فإن موقف هذا الأخير مع غيره من الفقهاء، الذين يتجهون إلى تغليب فكرة الخطأ في الإستعمال، ورفض الفكرة الأخرى عن الإستغلال كعيب من عيوب الإرادة، يبدو لنا مبالغاً فيه[٤]. ونظراً لأن فكرة العيب في الإرادة لا تتناقض مع فكرة الخطأ، فإنه لا يوجد أدنى مانع في الإستعانة بالفكرتين معاً في نفس الوقت، وهذا ما فعله المشرع المصري، عندما جمع بين فكرة الغبن كعدم تعادل موضوعي في الإلتزامات، وبين الفكرة المركبة الأخرى وهي فكرة الإستغلال التي تنطوي على خطأ أحد المتعاقدين، والعيب في إرادة المتعاقد الآخر في نفس الوقت[٥].

---

(١) سالي، الإعلان عن الإرادة، المرجع السابق، ص ٢٩٨؛ أضف فولكمار تعديل العقود بواسطة القاضي في القانون الألماني، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٢) جتردج، تعديل العقود بواسطة القاضي في القانون الانجليزي، المرجع السابق، ص ٣٦.

(٣) ديمونتيز، ملاحظات حول نظرية الغبن في العقود، في الدراسات المهداة إلى كابتان، ص ١٧٩ – ١٨٠.

(٤) ديمونتيز، الغبن في العقود بين البالغين سن الرشد، باريس ١٩٢٤. ص ٢١٣؛ فالين الفردية والقانون، المرجع السابق، ص ١٩٣؛ قارن موري، فكرة المعادل، المرجع السابق، ص ١٦٩ – ١٧٠.

(٥) أنظر في تحليل كل هذه العناصر، مازو، الغبن في العقود، أعمال كابتان، المرجع السابق، ص ١٨١ – ١٨٢.

والغبن الذي يبرر في نظر المشرع المصري، تدخل القاضي، هو الغبن الجسيم، وهو ما يتحقق "إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل ألبتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر". والعبارات المستخدمة في هذا النص، عبارات مرنة، تسمح للقاضي بأن يمارس حرية واسعة للتقدير. ويتفق الفقهاء المصريون على أن تقدير فداحة الغبن، مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض(١). ونفس حرية التقدير تنطبق على العنصر النفسي وهو الإستغلال.

ولكن السلطة التقديرية للقاضي تبدو واضحة أكثر بشأن الجزاء على الغبن، فهو يختار بحرية بين إبطال العقد وتعديله، وكما يقرر النص "جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص إلتزامات هذا المتعاقد"(٢). وهكذا إذا طلب المتعاقد المغبون إبطال العقد، فإن القاضي غير ملزم بالإستجابة إلى طلبه، فهو يستطيع تعديله بدلاً من إبطاله(٣).

---

(١) السنهوري، ص ١٦٩؛ توفيق فرج، نظرية الإستغلال في القانون المدني المصري ، رسالة الاسكندرية، ١٩٥٧، ص ٢٢٣ وما بعدها؛ أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الإلتزام، ١٩٥٤، ص ١٨٧.

(٢) وكما يقول الاستاذ مارتي فإن إستخدام عبارة "جاز للقاضي" يقصد بها منح سلطة تقديرية للقاضي؛ مارتي، التفرقة بين الواقع والقانون، الرسالة السابق ذكرها، ص ٢٧٢.

(٣) السنهوري، المرجع السابق، ص ٣٧٣؛ توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٣٩؛ سليمان مرقس، مبادئ الالتزمات، ١٩٦٠، ص ٢٩٣، أبو ستيت، المرجع السابق، ص ١٨٧، ويرى الفقهاء المصريون أن القاضي لا يملك إبطال العقد إذا اقتصر المتعاقد المغبون على طلب التعديل.

والواقع أن نظرية الإلتزام القضائي تجد هنا تطبيقاً مثيراً للغاية. فالأمر يتعلق بتعديل عقد قابل للإبطال، وبالتالي التجديد الضروري لإلتزام قابل للإبطال.

ومن المعروف أنه يجوز الإتفاق على التجديد الرضائي للإلتزام القابل للإبطال. ويعتبر الإتفاق الجديد الذي يتم بواسطته التجديد الرضائي، بمثابة إجازة للإلتزام القابل للإبطال في نفس الوقت. وبإتجاه القاضي إلى تعديل العقد، بدلاً من إبطاله، فإنه يجيز أولاً هذا العقد، قبل أن يخرج منه إلتزاماً جديداً. والإجازة هنا ضرورية، ومستقلة عن إرادة المضرور، بل هي موجهة ضدها. ومن الآن فصاعداً فإن فكرة الإجازة الضرورية، ينبغي أن تحتل مكاناً في نطاق النظرية العامة للإجازة.

ومن ناحية أخرى فإن سلطة تعديل العقد الممنوحة للقاضي، غير مقيدة برقم معين. وحسب رأي الفقهاء في مصر فإن القاضي لا يقوم بالضرورة بحذف كل الغبن، ولكنه يقوم فقط بحذف الغبن الفادح، تاركاً بعض الغبن غير الجسيم في العقد. والواقع أنه لا يوجد في نص القانون ما يفرض على القاضي هذا الأسلوب في معالجة الغبن، وفي تقديرنا أن القاضي يستطيع أن يمسك بالميزان عادلاً بين الطرفين حسب تعبير أرسطو.

وبإختصار فإن التقنين المدني المصري يتضمن نصاً عاماً في نظرية الإلتزامات، يسمح للقاضي بإجازة العقد القابل للإبطال بسبب الغبن، وأن ينشئ بدلاً من الإلتزامات الناشئة عنه، إلتزامات قضائية جديدة. وهذا النص لا مقابل له في التقنين المدني الفرنسي، وإن كان يوجد في مشروع

الإلتزامات الفرنسي الإيطالي، في المادة ٢٢ منه، نص مشابه للنص الموجود في التقنين المدني المصري[١].

٤٤ـ الإلتزامات المبالغ فيها للقاصر المأذون طبقاً للمادة ٤٨٤ فقرة ٢ من تقنين نابليون:

عقود الإدارة التي تصدر عن قاصر مأذون هي عقود صحيحة بصفة عامة. ومع ذلك فإن القاضي يستطيع تخفيض الإلتزامات المبالغ فيها التي ترد في هذه العقود على عاتق القاصر. "والغبن في ذاته لا يبرر التخفيض"[٢]. فالمشرع يستعين بعنصر مضاف للتعرف على الظلم في العقد. وهو عنصر شخصي يتعلق بعمر المتعاقد. وتقدير مدى المبالغة في إلتزامات القاصر، يدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي[٣]. ومن ناحية أخرى فإن القاضي غير ملزم بتخفيض الإلتزامات المبالغ فيها. فهو يملك إبطال العقد كله. وبإختصاره للتعديل، فإن القاضي يجيز الإلتزام القابل للإبطال. فالأمر يتعلق هنا أيضاً بتجديد ضروري لإلتزام قابل للإبطال.

والقاضي يطبق نفس الحل بشأن تعهدات غير كاملي الأهلية. الذين لهم أهلية إبرام التصرفات اللازمة لحياتهم: كالسفيه[٤]. والقاصر تحت الوصاية، والزوجة التي هجرها زوجها[٥].

---

(١) راجع مونتيل، تعديل القاضي للعقود في إيطاليا، في أعمال الأسبوع الدولي للقـانون، المرجـع السابق، ص ٧٩.

(٢) موري، فكرة المعادل، الرسالة السابقة، ص ١٦٣.

(٣) أنظر في التفرقة بين الإلتزامات المبالغ فيها وعدم التعادل في الإلتزامـات، مـارتي ورينـو، القانون المدني، جـ ١، ص ١١٠٣.

(٤) كابتان، تعليق ، نقض عرائض، ١٥٨ يوليو ١٩٠٣، داللوز، ٤، ١، ١٢٩،

(٥) بررو، صياغة القضاء في القانون الخاص، ١٩٢٣٦، جـ ٢، ص ٢١٤ – ٢١٥.

وهكذا فإن القاضي يضع نفسه مكان القاصر المأذون، أو القاصر الموصى عليه، ويقضي على إلتزامه المبالغ فيه، وينشئ بدلاً منه إلتزاماً جديداً.

والنص الموجود في قانون نابليون لا مقابل له في القانون المدني المصري.

٤٥ـ عقود المهنيين: الوكيل، المحامي، المهندس ، الطبيب.... الخ:

طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ من التقنين المدني المصري "إذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي ....".

وبهذا النص فإن التقنين المدني المصري يقرر قاعدة أنشأها القضاء الفرنسي. وكما تقول محكمة النقض الفرنسية "فإن المحاكم تختص بتعديل أجر الوكيل المتفق عليه عندما لا يتناسب مع الخدمة التي أداها. وذلك على خلاف عقد الإيجار".[١]

وسواء في مصر[٢] أم فرنسا[٣]، فإن القضاء يأخذ بنفس الحل في عقود المهنيين جميعاً، كعقود المحامين، والأطباء، والمهندسين،

---

(١) نقض مدني ٢٩ يناير ١٨٦٧، ١، ٥٤، وبحسب ما نعلم فإن أول حكم صدر في الموضوع كان بمناسبة تخفيض أجر وكيل أعمال مكلف بتصفية تركة، عرائض ١١ مايو ١٨٢٤، سيري، ١٨٢٥، ١، ١٣٣.

(٢) راجع الأحكام المشار إليه في مقال محمد كامل، قواعد الوكالة وتقدير أتعاب المحامين في القانون المصري، مجلة القانون والإقتصاد، ٧ ديسمبر ١٩٥٨ ص ٢٥ وما بعدها.

(٣) راجع الأحكام العديدة المشار إليها في كابتان، سبب الإلتزامات، طبعة ٣ باريس ١٩٢٧، ص ٢١٠ – ٢١٥؛ جورج ريبير، القاعدة الأخلاقية، ص ١١٣؛ بررو، صياغة القضاء، المرجع السابق، جـ ٢، ص ٢١٢ – ٢١٤؛ بيرو موريل، التعادل في الإلتزامات في إبرام العقود، ١٩٦١، ص ١٢٩ – ١٥٣؛ مارتي ورينو، القانون المدني، جـ ٢، ص ١٤١.

والوكلاء بالعمولة، ولكنه لا يطبق نفس القاعدة على عقود البحث عن النسب نظراً للطبيعة الإحتمالية لهذه العقود[١].

وقد أثبتنا من قبل، أنه لا توجد أية فكرة مستمدة من نظرية العقد، أو مستمدة بصفة خاصة من نظرية السبب، يمكن أن تبنى عليها قاعدة تعديل العقد، الموجهة أساساً ضد العقد وضد الإرادة ، والقاضي في فرنسا وكذلك في مصر، في غير الحالة المنصوص عليها في التقنين، يستمد سلطته في تعديل عقود المهنيين من القضاء، وليس من العقد. فالأمر يتعلق بقاعدة مصدرها القضاء تمنح القاضي سلطة تعديل بعض العقود وإنشاء إلتزامات جديدة.

وهنا تظهر بوضوح العلاقة القوية بين القضاء، وبين العمل القضائي الفردي. وهنا يظهر بوضوح أن سلطة القاضي في خلق الإلتزامات مستمدة من سلطة القضاء في خلق القانون، فالقضاء يشترك مع غيره من مصادر القانون في تعريف وتحديد الوظيفة القضائية. وهكذا فإنه في نظرية صحيحة سواء للقضاء، أو للعمل القضائي، ينبغي مع الإحتفاظ بالتفرقة بينهما، مراعاة تأثيرهما المتبادل، بل وإعتماد أحدهما على الآخر وتدخله معه.

ومن الواضح أن العنصر المضاف الذي يسمح للقانون بالتعرف على الظلم في عقود المهنيين، مستمد من طبيعة هذه العقود ذاتها. والعنصر موضوع الإعتبار هو الطبيعة الفنية والمهنية لهذه العقود. فالعميل أو الزبون يعجز عادة عن تقدير الأتعاب المناسب للأعمال

---

(١) رواست، تخفيض أتعاب خبراء الأنساب، جيرس كلاسير، ١٩٥٤، ١، ١١٧٩، نقض مدني ١٧ أبريل ١٩٥٦، داللوز ١٩٥٦، ٤٢٧.

المهنية[١]. وهكذا فإن القاضي يحمي العميل ضد جهله، ويحافظ في نفس الوقت على "كرامة المهن الحرة"[٢].

وسلطة القاضي في تخفيض الأتعاب المهنية، هي سلطة تقديرية بمعنى أنه "يقدر بسلطة سيادية، كما تقول محكمة النقض الفرنسية، طبيعة وأهمية الخدمات المبذولة"[٣]. وهكذا فإن قاضي الموضوع يختص بتحديد الأجر العادل، وهو يقوم بهذا التحديد على أساس العقل والعدل. والقانون الوضعي في مصادره المختلفة لا يقدم للقاضي أي عنصر من عناصر التقدير يمكن أن يؤثر في حكمه.

والأمر لا يتعلق بمسألة من مسائل القانون. وتقدير القاضي للأجر العادل لا يخضع لرقابة محكمة النقض. وهكذا تحل إرادة القاضي محل إرادة المتعاقدين. فالأمر يتعلق بتجديد ضروري بمعنى الكلمة. والإلتزام الجديد هو إلتزام قضائي.

٤٦ـ عقود الإذعان طبقاً للمادتين ١٠٠ و ١٤٩ من التقنين المدني المصري:

العنصر الإضافي الذي يسمح للقانون بالتعرف على الظلم في هذه العقود، هو كيفية إبرامها. وهكذا حتى يسمح المشرع المصري بمحاربة الغبن في هذه العقود، فإنه يعطي لها معياراً مستمداً من طريقة إبرامها. وطبقاً للمادة ١٠٠ من التقنين المدني "القبول في عقد الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

---

(١) ريبير، بداية لقانون مدني مهني، في الدراسات المهداة إلى كابتان، ص ٦٨٥ – ٦٨٦.

(٢) دي باج، بمناسبة حكومة القضاة، ١٩٣١، ص ١٤٣.

(٣) نقض عرائض ٩ ديسمبر ١٩٣٠، جازيت، ١٩٣١، ١، ١٢٦؛ أضف الأحكام المشار إليها في كابتان، السبب ، المرجع السابق، ص ٢١١، هامش.

ويرجع الفضل إلى الأستاذ سالي، في صك إصطلاح عقد الإذعان، لعدم وجود إصطلاح أفضل منه على حد قوله. وهو يضيف "هذه العقود لا تعدو أن تكون إعلانات متوازية بالإرادة المنفردة"[١]. ويتفق الأستاذ موران مع هذه الفكرة التي تعتبر عقد الإذعان بمثابة "تعبير بالإرادة المنفردة من كل جانب"، وليس بعقد حقيقي[٢]. فالأمر بالنسبة له يتعلق "بمركز تنظيمي"، أو "مركز موضوعي"، حسب إصطلاحات أساتذة القانون العام. ومن هؤلاء الأستاذ ديجي، الذي يعتبر عقد الإذعان، تصرفاً بالإرادة المنفردة صادراً، لا عن الطرف القوي كما يقول عادة أعداء الصفة التعاقدية ، بل من الطرف الضعيف. وهو يشرح رأيه بالقول، بأن إرسال خطاب بالبريد للإستفادة من الخدمة، "لا يوجد عقداً، ولكن يوجد فقط تصرفاً بالإرادة المنفردة، وهو تصرف بالإرادة المنفردة للمرسل"[٣]. وبالنسبة للأستاذ جونو فإن الأمر يتعلق "بخلط وتهجين بين العقد والنظام"[٤]. ففي كل عقد من عقود الإذعان يوجد جزء تعاقدي بمعنى الكلمة، وجزء تنظيمي صادر عن الإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين الذي يفرض قانونه على المتعاقد الآخر.

هذه هي الأفكار الرئيسية لأعداء الطبيعة التعاقدية لعقد الإذعان: نظام قانوني، أو مركز موضوعي، أو تصرفين متوازيين بالإرادة

---

(١) سالي، الإعلان عن الإرادة، المرجع السابق، ص ٢٢٩ – ص ٢٣٠.

(٢) موران، التشريع والعقد، المرجع السابق، الصفحات ١١٢ – ١١٣.

(٣) ديجي، التحولات العامة للقانون الخاص، المرجع السابق، ص ١٢٣؛ ديجي، موسوعة القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٣٧١.

(٤) جونو، مبدأ سلطان الإرادة، الرسالة السابق ذكرها، ٣٠٣، وكذلك الصفحات ٢٢٩ وما بعدها.

المنفردة لكل من الطرفين، أو تصرف بالإرادة المنفردة للطرف القوى، أو تصرف بالإرادة المنفردة للطرف الضعيف.

والواقع أن العنصر المميز لهذه العقود، هو غياب أية مناقشة بين الطرفين سابقة على إبرام العقد. وهذا هو الذي سبب تردد الفقهاء وحيرتهم. فنجد الأستاذ جوسران يعلن تارة أن "أفكار أساتذة القانون العام يجب رفضها دون تردد"[١]. ويعلن تارة أخرى أن "عقد الإذعان هو عقد نموذجي، شروطه محددة ومتكررة، ولا توجد فيها إرادة للطرف المذعن"[٢]. وكذلك نجد الأستاذ ريبير يعلن مرة أن عقد الإذعان ليس له غير "ملابس العقد"[٣]، ويعلن في مؤلف أخر أن "عقد الإذعان يبدو أكثر إحتراماً من أي عقد آخر"[٤]. ويعلن بعد ذلك في لغة أقل حماساً أن "الفكرة القانونية لعقد الإذعان لا تعني شيئاً كثيراً ولا تقدم فائدة تذكر[٥]"

والصحيح أنه لا يمكن إعتبار المناقشة السابقة بين الطرفين، ولا المساواة الإقتصادية بينهما من شروط إبرام العقد. لأنه حتى في العقود التي يتم التفاوض فيها كل مناقشة ويتحول فيها رضاء كل من الطرفين

---

(١) جوسران، الصعود الحديث لفكرة العقد، المرجع السابق، ص ٣٣٧.

(٢) جوسران، نظرة عامة على الإتجاهات المعاصرة لنظرية العقود، المرجع السابق، ص ٩.

(٣) ريبير، النظام الإقتصادي والحرية التعاقدية، المرجع السابق، ص ٣٤٨: أضف النظام الديمقراطي، المرجع السابق، ص ١٧٤، وما بعدها.

(٤) ريبير ، القاعدة الأخلاقية ، ص ١٠١ .

(٥) ريبير،القوى الخلاقة للقانون، ص ٢٧٢؛ أضف، بداية إنشاء قانون مدني مهني، المرجع السابق، ص ٦٨٥.

إلى إذعان. ولذلك فقد ظل القضاء الفرنسي مع جانب كبير من الفقه، يؤيد الصفة التعاقدية في هذه العقود"[١].

والطريقة التي تتم بها إبرام هذه العقود لا تؤثر إطلاقاً في طبيعتها التعاقدية، ولكنها تسمح فقط بإكتشاف شيء آخر، وهو الظلم الناتج من شروط الأسد في هذه العقود. وهكذا فإن حيلة العدالة تصبح مكشوفة، ويصبح التدخل في العقود مبرراً. وبسبب هذا التدخل فإن عقد الإذعان يفقد طبيعته التعاقدية[٢]، وليس بسبب الطريقة التي تم أصلاً إبرامه بها. والتدخل في فرنسا يتم بواسطة المشرع. وهكذا فنحن نستخدم اليوم عبارة "العلاقة القانونية للعمل، بدلاً من إصطلاح عقد العمل". وكما يقول الأستاذ رواست، فإن الإلتزامات في هذه العلاقة "ليس مصدرها إرادة الأطراف، ولكنها تنشأ عن التشريع وبإرادة المشرع"[٣].

---

(١) لاموراندبير، التطور الحديث لقانون الإلتزامات، المرجع السابق، الصفحات ٣٤٩ وما بعدها: بررو، صياغة القضاء في القانون الخاص، المرجع السابق، جـ ١ ص ٣٦؛ بلانيول وريبير وبولانجيه، موسوعة القانون المدني، جـ ٢، فقرة ١٣٤، ص ٥٨؛ كولان وكابتان، موسوعة القانون المدني، جـ ٢، ١٩٥٩، فقرة ٦٠٥، الصفحات ٣٣٥، وما بعدها؛ مارتي ورينو، القانون المدني، جـ ٢ فقرة ١١٧، الصفحات ١٠١ وما بعدها؛ رييج، دور الإرادة في التصرف القانوني، المرجع السابق ص ٢٤٤، ومن الفقهاء غير الفرنسيين، كلسن، النظرية القانونية للعقد، أرشيف فلسفة القانون، ١ – ٤، ١٩٤٠، ص ٧٢.

(٢) فالين، الفردية والقانون، المرجع السابق، ص ١٧٧.

(٣) ميشيل فيلي، نهضة وإضمحلال المذهب الإرادي في القانون، المرجع السابق، ص ٩٤ – ٩٥؛ سافتيبه، من القانون المدني إلى القانون العام، المرجع السابق، ص ٦٦.

ومن ناحية أخرى فإن محكمة النقض الفرنسية تراقب تفسير عقود الإذعان، وهو ما لا يدخل أصلاً في وظيفتها[١]. وقد يحدث أن تنشئ محكمة النقض في هذه العقود، إلتزاماً قضائياً مصدره القضاء وليس حكم القاضي، مثل الإلتزام بالسلامة في عقد النقل، ولكن القضاء الفرنسي لا يسمح بإجراء تعديل حقيقي لعقود الإذعان.

وفي مصر، فإن التقنين المدني يؤكد في المادة ١٠٠ منه، الطبيعة التعاقدية لهذه العقود، وهو ما يؤيده الفقه المصري[٢]، ومن ناحية أخرى فإن التقنين المدني يضع نظاماً للتعديل الآمر والضروري والقضائي لعقود الإذعان. وكما تقرر المادة ١٤٩ "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك". وسلطة القاضي تقديرية سواء فيما يتعلق بتقدير الغبن، أو فيما يتعلق بطريقة تعديل العقد المتسم. بالغبن. ويتعلق الأمر بمسألة من مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض[٣]. وبتعديل عقد الإذعان المنطوي على غبن، فإن القاضي يحل محل الإلتزام العقدي، إلتزاماً قضائياً.

---

(١) رواست، مناقشة حول تدخل الدولة في العقود، في أعمال كابتان، المرجع السابق، ص ٩٦ وما بعدها؛ فريميكور، مناقشة لدور القاضي في تفسير العقود، في أعمال كابتان، ١٩٤٩، ص ٩٨، ص ٩٩.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ١، ص ٢٣١، عبد الحي حجازي،المرجع السابق، ص ٣٦٣، أبو ستيت، المرجع السابق، ص ١٠٤؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص ١٠٢؛ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ١٢٥؛ عبد المنعم الصدة، عقود الإذعان، رسالة القاهرة، ١٩٤٦، ص ١٥٦، الصدة ، مصادر الإلتزام، ص ١١٤.

(٣) ويتفق على ذلك كل الفقهاء المصريين السابق الإشارة إليهم.

وبإختصار فإن عقد الإذعان هو عقد حقيقي حتى ولو كان ظالماً في بعض الأحيان. والطريقة التي تتم إبرامه بها لا تؤثر في طبيعته العقدية، ولكنها تسمح فقط بإكتشاف الظلم في شروطه، وتبرر بالتالي تدخل الدولة. وهذا التدخل هو الذي يكلف هذه العقود حياتها ويجردها من طبيعتها التعاقدية. وبصفة خاصة فإن التعديل الآمر، الضروري، والقضائي لعقد الإذعان، يؤدي إلى إنقضاء الإلتزامات الناشئة عن هذه العقود، ويخلق بدلاً منها إلتزامات قضائية.

٤٧ـ الشرط الجزائي طبقاً للمواد ٢٢٣ وما بعدها من التقنين المدني المصري:

يفرق الفقهاء بوضوح بين الشرط الجزائي من ناحية، وبين شروط أخرى مثل الشروط المحددة للمسئولية. والعربون، والغرامة التهديدية، والإلتزام البدلي أو الإختياري... الخ،[١]. ويقال عادة أن الشرط الجزائي هو إلتزام تابع أو فرعي. والصحيح أن الرجوع إلى فكرة الإلتزام الفرعي في هذا المقام لا يبدو مقبولاً لأن القاعدة الأصولية في التفسير هي أن الفرع يتبع الأصل، وهذا يتعارض مع قاعدة عدم جواز الجمع بين الشرط الجزائي والتنفيذ الفعلي.

ويمكن القول أن الشرط الجزائي هو جزء فرعي من أجزاء العقد ذاته، بحيث لا يؤدي بطلانه إلى بطلان العقد في مجموعه طبقاً لنظرية إنقاص العقد. ولكن الأمر لا يتعلق بإلتزام فرعي بمعنى الكلمة.

---

(١) VEAUX، الشروط الجزائية في عقود القانون الخاص، في دراسات القانون المعاصر، جـ ٢، ١٩٥٩، ص ٣٥.

والصحيح أن الشرط الجزائي يدخل في تكوين الإلتزام التعاقدي ذاته، وبصفة خاصة في عنصر المسئولية في هذا الإلتزام، حسب تحليل الإلتزام إلى عنصرين: المديونية، والمسئولية. ومصدر المسئولية هو العقد ذاته. وفي حالة وجود شرط جزائي أو تعويض إتفاقي فإن العقد يتجه بصفة خاصة إلى تقدير المسئولية بمبلغ محدد من النقود. والشرط الجزائي لا يؤدي بطبيعة الحال إلى تجديد الإلتزام[١]، لأنه جزء من هذا الإلتزام. والمسئولية العقدية فيما نعتقد لا تؤدي إلى حلول إلتزام جديد محل الإلتزام العقدي.

وهكذا فإنه في حالة عدم تنفيذ عنصر الواجب أو المديونية في الإلتزام، فإن الدائن يستطيع تحريك عنصر المسئولية في الإلتزام، أي تطبيق الشرط الجزائي، وكل إهمال أو تجاوز للشرط الجزائي هو تعديل العقد.

ومراعاة للطبيعة العقدية للشرط الجزائي ولطبيعته الجزافية، فإن التقنين المدني الفرنسي (م ١٢٢٦ وما بعدها) كان لا يسمح بتعديله، إلا في حالة واحدة هي حالة التنفيذ الجزئي للإلتزام (م ١٢٣١). وتخفيض مبلغ التعويض في هذه الحالة يكون بقدر ما تم تنفيذه، وهو ما يتفق مع إرادة المتعاقدين. وكما يقول الأستاذ Veaux، فإن "نجاح الشروط الجزائية أمام المحاكم كان كاملاً وتاماً"[٢]. ولم يكن هناك مجال للبحث

---

(١) راجع في التفرقة بين الشرط الجزائي، والتجديد المعلق على شرط، شارل ماروواني، الشرط الجزائي، رسالة، باريس ١٩٣٥، ص ٩٠.

(٢) VEAUX، الشروط الجزائية في عقود القانون الخاص، في دراسات القانون المعاصر، جـ٢، ١٩٥٩، ص ٣٥.

فيما إذا كان الضرر الذي أصاب الدائن بسبب عدم التنفيذ يعادل التعويض المتفق عليه أم لا.

ولكن المشرع الفرنسي الحديث أصدر قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ بتعديل نصوص التقنين المدني في هذا الشأن. وأصبح من الجائز للقاضي أن يعدل الشرط الجزائي بما يتفق مع الضرر الذي أصاب الدائن[١]. وهكذا فإن نظرية الإلتزام القضائي تكتسب أرضاً جديدة مع مرور الوقت.

أما المشرع المصري فقد اختار منذ البداية الوقوف إلى جانب العدالة، وضد العقد وإرادة المتعاقدين. فإن كان الهدف من الشرط الجزائي هو تعويض المتعاقد عن الضرر الذي أصابه بسبب عدم التنفيذ. فلا يجب إذن أن يوجد فارق كبير بين التعويض الإتفاقي وبين الضرر.

والعنصر الإضافي الذي يسمح للقاضي بالتعرف على الظلم في الشرط الجزائي، هو الطبيعة الجزافية لهذا الشرط. وهذا العنصر يهدد بتحويل كل عقود المعاوضة إلى عقود إحتمالية.

وفكرة الإحتمال لا تتفق أبداً مع عقود المعاوضة. ومن الصعب في هذه العقود تقدير الضرر وقت إبرام العقد. وإذا كان من الممكن في بعض الحالات القيام بهذا التقدير وقت إبرام العقد، فلماذا يكون التقدير جزافياً وغير مناسب بالمرة مع الضرر؟ لا يوجد سبب لذلك في الواقع.

---

(١) راجع جوستان، القانون المدني، العقد، ١٩٨٠، ص ٤٧٤.

وهكذا فإن المشرع المصري يمنع الظلم في العقود، ويجرد الشرط الجزائي من طبيعته الجزافية، ولا يتحقق ذلك إلا بتجريده من أهم صفاته. والشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي، لم يعد يلعب في مصر أي دور، بإستثناء دوره في الاثبات، حيث ينقل عبء الإثبات إلى المدين الذي لم يقم بالتنفيذ، ليثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، أو أن الضرر مبالغ فيه، أو أن الإلتزام قد نُفذ في جزء منه. ولذلك فليس صحيحاً ما يقال من أن جواز تعديل التعويض الإتفاقي يجرده من كل فائدة عملية[1]. وهكذا فإن المشرع يحل محل التنظيم الذي وضعه المتعاقدان، تنظيمياً جديداً، قد يكون تشريعياً، أو قضائياً. وكما نص في الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ من التقنين المدني، "ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلي درجة كبيرة، أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه". والفقرة الثالثة تؤكد الطبيعة الآمرة لهذا الحكم.

ويلاحظ أنه في حالة التنفيذ الجزئي للإلتزام فإن تخفيض التعويض الإتفاقي يكون مطابقاً لإرادة المتعاقدين. أما في الحالة الأولى التي يتم تخفيض التعويض الإتفاقي لأن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، فإن التعديل يؤدي إلى تجديد ضروري وأمر ومنشئ لإلتزام قضائي. وسلطة القاضي في التعديل هي سلطة تقديرية لا تخضع لرقابة محكمة

([1]) قارن، فاسيو، الطبيعة القانونية للشرط الجزائي في قوانين فرنسا ودول أمريكا اللاتينية، المجلة الدولية للقاون المقارن، ١٩٤٩، ص ٣٢٢.

النقض. وهكذا فإن القاضي يحل إلتزاماً قضائياً محل الإلتزام العقدي[١].

٤٨ـ الإنقاذ البحري والمساعدة البحرية طبقاً لإتفاقية بروكسل في ٢٣ سبتمبر ١٩١٠، المطبقة في مصر وفي فرنسا[٢].

إتفاقية بروكسل مطبقة في العديد من دول العالم، وطبقاً للفقرة الأولى من المادة السابقة، "كل إتفاق مساعدة أو إنقاذ، تم في لحظة أو تحت تأثير الخطر، يمكن بناء على طلب أحد الأطراف، أن يلغي أو يعدل بواسطة القاضي، إذا رأي أن الشروط المتفق عليها ليست عادلة".

وهذا النص لا يضع حكماً لعيب من عيوب الإرادة، ولكنه يضع حكماً للظلم في العقد. فعدم التعادل في الإلتزامات هو الذي يبرر وحده تدخل القاضي. فعدم التعادل في الإلتزامات هو الذي يمثل العنصر الإضافي الذي يسمح للمشرع بإستخلاص الظلم من عدم التعادل الموضوعي في الإلتزامات. وسلطة تعديل العقد المقررة في هذا النص، هي سلطة ضرورية وآمرة وقضائية، وسلطة القاضي هي سلطة تقديرية بكل وضوح. فالتدخل في العقد يمكن إبطاله أو تعديله حسب تقديره، وإذا اختار القاضي أن يعدل العقد، فمعنى ذلك أنه أجاز

---

(١) ويلاحظ أنه في حالة إلغاء الشرط الجزائي لأن الدائن لم يلحق بـه أي ضـرر (م ١/٢٢٤)، وكذلك في حالة عدم زيادة مبلغ التعويض حتى ولو جاوز الضرر قيمة التعويض إذا لم يكن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً (م ٢٢٥). فإن شروط نظرية الإلتزام القضائي لا تنطبق، حيث أن الحل محدد في التشريع، ولا يمارس القاضي بشأنه أدنى سلطة تقديرية.

(٢) الإتفاقية مطبقة في فرنسا بمقتضى قانون ٢٩ أبريل ١٩١٦، وفي مصر إعتباراً من أول ينـاير ١٩٤٤ (الوقائع المصرية، رقم ١٤، ٧ فبراير ١٩٤٤).

أولاً العقد القابل للإبطال. وسيكون التجديد الضروري في هذه الحالة تجديداً لإلتزام قابل للإبطال.

والفقرة الثانية من نفس النص تقرر " وفي جميع الأحوال، إذا ثبت أن إرادة أحد المتعاقدين. قد انتهكت بالتدليس أو السكوت، أو أن التعويض مبالغ فيه بمعنى أو بآخر، بحيث لا يتناسب مع الخدمة المبذولة، فإن العقد يمكن إبطاله أو تعديله بواسطة القاضي، بناء على طلب صاحب المصلحة من الطرفين".

وطبقاً لرأي الأستاذ ريبير فإن المحكمة تملك دائماً سلطة تعديل العقد، في كل الحالات التي تملك فيها إبطاله"[١].

والواقع أنه لا ينبغي القول كما يعتقد الأستاذ بيران، بأن الإبطال يبرر التعديل طبقاً لمبدأ أن "من يملك الأكثر يملك الأقل"[٢]. على العكس فإن الإبطال يجعل التعديل أصعب في القبول. فتعديل العقد القابل للإبطال يقتضي أقوى درجات السلطة التقديرية. لأنه قبل تعديل العقد، لابد من تطهيره من عيوبه. والواقع أن إعطاء القاضي سلطة إجازة العقد القابل للإبطال هو أمر خطير للغاية. ولذلك فنحن لا نوافق على تعديل العقود القابلة للإبطال إلا في الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون. وفي هذه الحالات فإن التعديل يؤدي إلى إنشاء إلتزام قضائي.

وبهذا ننتهي من عرض تطبيقات التعديل القضائي للعقد بسبب الغبن المعاصر لإبرام العقد، سواء في فرنسا أو في مصر. وقبل أن نختتم

---

(١) جورج ريبير، القانون البحري، طبعة ٤، جـ ٣، ص ١٤٠.

(٢) بيران، تخفيض الإلتزامات المبالغ فيها، المرجع السابق، ص ٥٦، والأستاذ يقيم كل نظريته على أساس هذا المبدأ.

هذا البحث فإننا نلاحظ أن القانون الفرنسي يعرف تطبيقات أخرى للتعديل الضرووي للعقد، كما في تعديل عقد بيع الحبوب طبقاً لقانون ٨ يوليو ١٩٠٧، المكمل بقانون ١٠ مارس ١٩٣٧، وتعديل عقد بيع المحل التجاري حسب قانون ٢٩ يونيو ١٩٣٥، وتخفيض الفوائد الإتفاقية طبقاً لمرسوم ٨ أغسطس ١٩٣٥.

ولكن هذه التطبيقات لا تستجيب لشروط نظرية الإلتزام القضائي. خاصة شرط السلطة التقديرية للقاضي[1]. فالتجديد طبقاً لهذه القوانين هو تجديد تشريعي وليس قضائياً. والتعديل يؤدي إلى إنشاء إلتزامات قانونية مصدرها القانون لا إلتزامات قضائية مصدرها حكم قضائي.

المطلب الثاني
الغبن الطارئ بعد إبرام العقد

٤٩- الظروف الطارئة:

الفكرة الإضافية أو المضافة التي تسمح بإستخلاص الظلم في العقد، من عدم التعادل الموضوعي في الإلتزامات، هي فكرة الظروف الطارئة. وهذه الفكرة تتمثل في حوات إستثنائية غير متوقعة، تؤدي إلى تحطيم إقتصاديات العقد. فالأمر يتعلق بغبن طارئ بعدم إبرام العقد.

ونظرية الظروف الطارئة لا تعنينا في هذا المقام إلا بالقدر الذي تؤدي فيه إلى تعديل العقد بواسطة القاضي. ومن الممكن، أن يكون الجزاء أو الحل لمشكلة الظروف الطارئة هو أمر أخر غير التعديل

([1]) والواقع أن المرسوم الخاص بتخفيض الفوائد الإتفاقية، يعطي القاضي بعض الحرية في التقدير، دون أن تصل هذه الحرية مع ذلك إلى درجة السلطة التقديرية الحقيقية. راجع كابتان، محاربة الربا، داللوز الدوري، ١٩٣٥، ٦١.

القضائي للعقد. وهكذا فإن تطبيق هذه النظرية في نطاق القانون الدولي العام لا تسمح إطلاقاً للمحاكم بتعديل المعاهدات[١].

وفي القانون الإداري فإن جزاء الظروف الطارئة هو فقط جزاء تعويضي "فالقاضي لا يستطيع هو نفسه أن يعدل شروط العقد الإداري"[٢]. وطبقاً للقضاء الإداري فإن الظروف الطارئة تخلق مركزاً خارج نطاق العقد، تتم مواجهته بإجراء يكون أيضاً خارج نطاق العقد[٣]. فالقاضي يمنح المتعاقد تعويضاً ليساعده في الخروج من صعوباته المؤقتة. والقاضي يخلق بدون شك إلتزاماً جديداً ولكن هذا الإلتزام يضاف كنوع من "البناء العلوي"[٤]، حسب تعبير الأستاذ هوريو، إلي الإلتزام التعاقدي ولكنه لا يحل محله. ونظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري تحكمها الطبيعة الخاصة لعلاقات هذا القانون. وكما يقول الأستاذ فالين، فإن "الإدارة تعتبر المتعاقد معها

---

(١) وكما يقول الاستاذ ليكا "المحكمة ليست لديها سلطة تعديل المعاهدة". وسائل تعـديل الإتفاقـات الدولية، ١٩٦١، ص ٣١٤. راجع في الظروف الطارئة في القانون الدولي العام. لي فـور، القـوة الملزمة للمعاهدات، أرشيف فلسفة القانون، ١٩٤٠، ص ٩٤؛ كلسن، النظرية القانونيـة للإتفـاق، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٢) دي لوبادير، موسوعة العقود الإدارية، جـ ٣، ١٩٥٦، ص ١١٦ – ص ١١٧؛ أنظر المراجع العديدة، كتابنا، نظرية الإلتزام القضائي، ص ١٧٧، هامش ٥٨.

(٣) أنظر التحليل النقدي لهذه الفكرة، هوريو،تعليق، مجلس الدولة، ٢٧، يونيـو ١٩٢٩، سـيري، ١٩٢٩، ٣، ٢٥.

(٤) هوريو، تعليق، مجلس الدولة ٢٧ يونيو ١٩١٩، سيري، ١٩٣٠، ٣، ٢٥.

كشريك إرادي، بل كشريك لا يبغي الربح"[١]. فهو على حد تعبير الأستاذ كابتان "ليس خصماً لها"[٢].

ولذلك فإن المتفق عليه أن أية "نظرية في القانون المدني للظروف الطارئة، ستكون بالضرورة مختلفة عن هذه النظرية في القانون الإداري"[٣].

وفي نطاق القانون المدني فإن نظرية الظروف الطارئة لا تعنينا إلا في حالة التعديل الآمر والضروري والقضائي للعقد. ونظرية الظروف الطارئة، كما استطعنا أن نثبت في دراسة أخرى، ترجع إلى القانون الروماني، على خلاف الفكرة الشائعة التي تنسب هذه النظرية إلى فقهاء القانون الكنسي والمحشيين[٤]. ومع ذلك فتعديل العقد في القانون الروماني كان مفسراً ولم يكن أمراً[٥].

وفي القانون الحديث، فإن التقنين المدني الإيطالي، يأخذ في المادة ١٤٦٧ منه، بنظام للتعديل الرضائي وليس الضروري للعقد[٦].

---

(١) فالين، التطور الحديث في العلاقات بين الدولة والمتعاقدين معها، مجلة القانون العام، ١٩٥١، ص ٥، ص ٣٤.

(٢) كابتان، تعليق، باريس ٣١ ديسمبر ١٩١٦، داللوز الدوري، ١٩١٧، ٢، ٣٥.

(٣) دي لوبادير، المرجع السابق، ص ٧٧، هوريو، البوليس القانوني وجوهر القانون، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

(٤) سمير تناغو، الأصل الروماني لنظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة ١٩٦٦، الصفحات ١٤٥ – ١٦٥.

(٥) راجع ما سبق، فقرة ٣٠.

(٦) راجع في التفرقة بين التعديل الضروري والتعديل الرضائي، ما سبق، فقرة ٢٨، وفي هذا القانون كما يقول الأستاذ السنهوري، فإن التعديل هو عمل المتعاقد وليس عمل القاضي، والوسيط، جـ ١، ص ٦٤٩.

وعلى العكس فإن التعديل الذي يقرره التقنين المدني المصري، هو تعديل منشئ لإلتزام قضائي. وكما تقرر المادة ١٤٧، "... جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلي الحد المعقول، ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك" وكل عبارات هذا النص مرنة ومطاطة. والسلطة الممنوحة للقاضي هي سلطة تقديرية واضحة. فالمشرع كما يقول الأستاذ السنهوري "أطلق يد القاضي في العقد[1]"، لمواجهة الظروف المختلفة.

ومن ناحية أخرى فإن التعديل المقرر في هذا النص هو تعديل ضروري وآمر. فالقاضي يحل إلتزاماً قضائياً محل الإلتزام العقدي.

وقد لقيت نظرية الظروف الطارئة. تطبيقاً هاماً في مصر، بسبب قانون الإصلاح الزراعي، حيث ذهب الرأي السائد إلى أن هذا القانون هو حادث طارئ تتوافر فيه شروط نظرية الظروف الطارئة. وقد أدى هذا القانون إلى إنهيار التوازن الإقتصادي في الكثير من العقود[2].

---

(1) السنهوري، الوسيط، جـ ١، ص ٦٤٦؛ راجع كذلك، أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٣٢٥؛ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٣٦٣؛ أبو ستيت، المرجع السابق، ص ٣١٩. والدكتور عبد الحي حجازي دون أن يتحدث عن السلطة التقديرية للقاضي يشير إلى حكم محكمة القاهرة في ٣١ أكتوبر ١٩٥٣ الذي يستعمل عبارة الأستاذ السنهوري الواردة في المتن، حجازي، المرجع السابق، ص ٥٨٨، هامش ١.

(2) عبد الرزاق السنهوري، تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المبرمة قبل قانون الإصلاح الزراعي، مجلة المحاماة، سبتمر ١٩٦٠، ص ١٠٧؛ راجع الأحكام المشار إليها في كتيب خير الدين، نظرية الظروف الطارئة، ١٩٥٥، ص ٢٦ وما بعدها؛ راجع كتاب، كمال أبو الخير، قانون الإصلاح الزراعي، ١٩٦١، الصفحات ٣٢ وما بعدها. وفي حالات معدودة يكون التعديل تشريعياً وليس قضائياً،على سبيل المثال القانون ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ يوزع الخسارة بنسبة ٥٠% بين الطرفين. ولكن خارج مثل هذه الحالة فإن القاضي يسترد سلطته التقديرية حسب النص العام الوارد بالتقنين.

وبجانب الحكم العام الوارد في المادة ١٤٧ توجد بعض التطبيقات الخاصة لسلطة القاضي التقديرية في تعديل بعض العقود، مثل الحكم الواردة في الفقرة ٤ من المادة ٦٥٨ بشأن عقد المقاولة. وطبقاً لهذا النص فإن التعديل يؤدي أيضاً إلى إنشاء إلتزام قضائي.

وفي فرنسا لا يوجد نص في التقنين المدني يسمح للقاضي بتعديل العقد. والقضاء لم يخلق قاعدة قانونية تقرر هذا الحكم.

ومحكمة النقض الفرنسية رفضت الأخذ بهذه النظرية على أساس العقد نفسه، وعلى أساس ما يتضمنه من قاعدة مقترحة كان يقول بها بغير حق فقهاء القانون الكنسي، وهي قاعدة عدم تغير الظروف rebus sic stantibus. فهذه النظرية إذ تسمح بتعديل العقد إنما تتجه أساساً ضد العقد، وضد إرادة المتعاقدين. ولذلك لا يمكن الأخذ بها، مالم يوجد قانون يسمح بها، سواء كان مصدر هذا القانون هو التشريع أو القضاء[١].

ومع ذلك فإن المشرع الفرنسي لم يتخلف عن تطبيق هذه النظرية في تشريعات خاصة. ولكن الكثير من هذه التطبيقات تتضمن جزاء يختلف عن تعديل العقد، وتخرج بالتالي من نطاق دراستنا. على سبيل المثال فإن أول قانون يأخذ بهذه النظرية، وهو قانون ٢١ يناير ١٩١٨[٢]، قرر فسخ العقد لا تعديله، وهو نفس الحكم الذي أخذ به قانون ٢٢ أبريل ١٩٤٩[٣]. وفي الحالات التي يقرر فيها المشرع تعديل العقد فإنه يأخذ بالتعديل التشريعي بدلاً من التعديل القضائي.

---

(١) أنظر المراجع العديدة المشار إليها في كتابنا، الإلتزام القضائي، ص ١٧٩، هامش ٦٩.

(٢) قانون ٢١ يناير ١٩١٨، دالloz الدوري، ١٩١٨، ٤، ٢٦١.

(٣) قانون ٢٢ أبريل ١٩٤٩، داللوز، ١٩٤٩، ٢٤١.

وعلى سبيل المثال فإن قانون ٢٥ مارس لسنة ١٩٤٩، يقرر زيادة الإيراد المرتب مدى الحياة بنسبة معينة. فالأمر يتعلق هنا بتجديد قانوني منشئ لإلتزام قانوني، وليس بتجديد قضائي منشئ لإلتزام قضائي[١].

وبالنسبة لتعديل الأجرة في عقود الإيجار، فإن القوانين الصادرة بشأنها كثيرة لا تحصى. وكما يقول الأستاذ لامورانديير، "في كل ستة أشهر يصدر قانون جديد"[٢]. وبعض هذه القوانين تقرر تعديلاً قضائياً للأجرة يؤدي إلى إنشاء إلتزامات قضائية. ونذكر من هذه القوانين على سبيل المثال قانون ٩ مارس ١٩١٨، الذي يسمح للقاضي بتقدير الأجرة العادلة، طبقاً "لما يمليه عليه ضميره" حسب عبارة المقرر العام لهذا القانون[٣].وقد أخذ بنفس الحكم قانون ١٢ يوليو ١٩٣٣، وقانون أول يوليو ١٩٣٩[٤]. وهذا القانون الأخير مثير للإنتباه لأنه تضمن "سلماً متحركاً" لتعديل الأجرة، ويسمح بالتعديل القضائي في نفس الوقت. فالتعديل القضائي لا يرد على أجرة ثابتة، بل يرد على أجرة متحركة[٥].

وبإختصار، فبينما يأخذ المشرع المصري بنظرية الظروف الطارئة، في قاعدة عامة تنطبق على كل العقود، بما يسمح بتعديله

---

(١) جورج ريبير، تعديل الإيراد المرتب مدى الحياة، داللوز، ١٩٤٩، ٨٩.

(٢) لاموراندريير، التطور الحديث لقانون الإلتزامات. المرجع السابق، ص ٧.

(٣) داللوز الدوري، ١٩١٨، ٤، هامش ١٣ ص ٧١.

(٤) هنري كابتان، نظام الإخلال بالعقود، داللوز الأسبوعي، ١٩٣٤، ١.

(٥) تراسبو، إنخفاض قيمة العملة وعقود القانون الخاص، في دراسات ريبير، جـ ٢، ص ١٧٦.

تعديلاً قضائياً ضرورياً آمراً، فإن المشرع الفرنسي يأخذ بحلول جزئية بمقتضى تشريعات خاصة لمواجهة مراكز معينة.

٥٠ـ هل تعتبر نظرة الميسرة تعديلا؟

نظرة الميسرة هي مهلة زمنية تمنح للمدين لمواجهة صعوبات لاحقة على إبرام العقد، وجورج ريبير يعتبرها "في نفس درجة خطورة تعديل العقد"[١]. وهو يضيف إلى ذلك قوله "هذا قتل للعقد عندما نحرر المدين. في كل مرة يواجه فيها صعوبات في الوفاء"[٢]. وفي كتابه القاعدة الأخلاقية، يعتبر أن إمتداد عقد الإيجار نوعاً من نظرة الميسرة[٣].

والواقع أن الإتجاه الغالب في الفقه يعتبر نظرة الميسرة، بمثابة إخلال بالقوة الملزمة للعقد[٤].

ومع ذلك فإن البعض يذهب إلى إستبعاد نظرة الميسرة من تطبيقات تعديل العقد[٥]. ومن ناحيتنا فإننا نميل إلى إعتبارها تعديلاً حقيقياً. فالتعديل يرد على أحد أوصاف الإلتزام. وهو أجله. وهذا يكفي لتجديد هذا الإلتزام.

وهنا أيضاً يجب التمييز بين التجديد التشريعي والتجديد القضائي. فإذا كان الأجل الجديد قانونياً صدر به قانون فإن التجديد في هذه الحالة يكون قانونياً. وبالعكس إذا كان الأجل قضائياً منحه القاضي بما له من سلطة تقديرية، فإن التجديد يكون قضائياً.

---

(١) جورج ريبير، النظام الديمقراطي، المرجع السابق، ص ٢٩١.

(٢) جورج ريبير، الحق في عدم دفع ديونه، دالloz، ١٩٣٦، ٦٠.

(٣) جورج ريبير، القاعدة الأخلاقية، المرجع السابق، ص ١٣٨.

(٤) أنظر المراجع العديدة، المشار إليها في كتابنا الإلتزام القضائي، ص ١٨١، هامش ٨١.

(٥) فولكمار، تعديل العقود بواسطة القاضي في القانون الألماني، المرجع السابق، ص ١٦.

ولا شك أن نصوص المادة ١٢٤٤ من التقنين المدني الفرنسي. والفقرة الثانية من المادة ١٥٧، وكذلك الفقرة الثانية من المادة ٢٥٥ من التقنين المدني المصري، تضع نظاماً لنظرة الميسرة، يعطي للقاضي سلطة تقديرية حقيقية، وهو أمر لا يجادل فيه أحد من الفقهاء[١].

وإذا كان الأستاذ مارتي عارض هذا الرأي في رسالته للدكتوراة، بقوله أن القضاة يجب أن يستخدموا هذه السلطة "بتحفظ كبير" ولا يمنحوا إلا "آجالاً معتدلة"، طبقاً لعبارات المادة ١٢٤٤ من التقنين المدني الفرنسي[٢]. إلا أنه قد صدر بعد مناقشة هذه الرسالة بوقت قصير قانون ٢٠ أغسطس ١٩٣٦ الذي حذف هاتين العبارتين الواردتين في نص المادة ١٢٤٤ من التقنين، مما يبطل كل حجة ضد السلطة التقديرية للقاضي، وهو ما اعترف به الأستاذ مارتي نفسه بعد ذلك[٣]. وإذا كان الأستاذ ليون مازو لازال يتردد في إعتبار الحكم الذي يمنح نظرة الميسرة، حكماً منشئاً لإلتزام جديد[٤]. فإننا لا نتردد في إعتباره كذلك.

---

(١) بررو، صياغة القضاء في القانون الخاص، جـ ٢، ص ٢٥٧؛ ميرل، مساهمة في النظرية العامة للتصرف الكاشف، رسالة، تولوز، ١٩٤٨، ص ١١٦؛ دي لاجرانج تدخل القاضي في العقود، المرجع السابق، ص ٦٩. ويرجع الفقهاء عادة إلى حكم النقض عرائض ٧ يونيو ١٨٥٩، داللوز، ١٨٦٠، ٢١.

(٢) مارتي، التفرقة بين الواقع والقانون، الرسالة السابق ذكرها، ص ٢٧٦ هامش.

(٣) مارتي ورينو، القانون المدني، جـ ٢، ص ٧٥٢.

(٤) ليون مازو، التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة، المرجع السابق. ص ٣٣.

أما في مصر، فإن نصوص التقنين المدني، لا تضع أية قيود على السلطة التقديرية للقاضي في منح نظرة الميسرة، ولذلك فإن حكمه يكون دائماً مجدداً ومنشئاً ومصدراً لإلتزام قضائي جديد.

٥١ـ خاتمة المبحث الأول:

كل هذه التطبيقات تستجيب إلى فكرة أساسية وهي الغبن أي عدم التعادل في الإلتزامات المتقابلة. ولكن حتى يمكن أن تستخلص من عدم التعادل الموضوعي، حكما بالإدانة الأخلاقية للعقود، ينبغي الرجوع إلى عنصر إضافي. وهذا العنصر الإضافي أو المضاف يعبر عن أفكار متغيرة توضع بجانب الفكرة الأساسية الدائمة وهي فكرة الغبن. وقد رأينا العديد من هذه الأفكار المضافة في دراستنا التطبيقية للقانون المصري والقانون الفرنسي.

وبعض هذه الأفكار تخص القانون المصري وحده، مثل الإستغلال، والإذعان. والبعض الآخر يخص القانون الفرنسي وحده مثل حالة القاصر المأذون. وأخيراً فإن بعض هذه الأفكار مشترك في قانون كل من البلدين، مع بعض الإختلاف من حيث نطاق التطبيق، والأمثلة على ذلك؛ الطبيعية الفنية للعقد،وظروف الإنقاذ البحري، والظروف الطارئة، والطبيعية الجزافية للتعويض الإتفاقي.

وفي كل هذه التطبيقات فإن القاضي يحل محل الإلتزام العقدي الظالم، إلتزاماً قضائياً وفقاً لما يقضي به العقل والعدل. والمشكلة الفنية لتعديل العقد بواسطة القاضي لا يمكن فصلها عن المشكلة الأخلاقية للعقد. والتحليل الذي سنقوم به في المبحث الثاني للحكم المنشئ للإلتزام سيؤكد نفس الشيء.

المبحث الثاني
تحليل وآثار الحكم المنشئ للإلتزام

الحكم ينشئ الإلتزام بمقتضى السلطة التقديرية الممنوحة صراحة للقاضي، من القانون، في مصادره المختلفة، خاصة التشريع والقضاء. وسنخصص هذا المبحث لتحليل هذه الفكرة مع بيان آثار الحكم المنشئ للإلتزام.

٥٢- النقص في التشريع:

التشريع هو المصدر الرسمي الأول للقانون الوضعي، سواء في فرنسا أم في مصر. أما تأكيد أن القضاء هو مصدر للقانون أيضاً، فيحتاج إلى إقامة الدليل عليه. والواقع أن قدرة القضاء على خلق القانون، ترتبط بمشكلتين لابد من بحثهما، هما مشكلة النقص في التشريع، ومشكلة الفصل بين السلطات. لأنه إذا افترضنا مقدماً كمال التشريع، فلا يكون هناك مجال لقواعد قانونية يخلقها القضاء. وإذا أخذنا بمبدأ جامد للفصل بين السلطات، فلا يكونه من الجائز للقضاء أن يخلق القانون.

وعندما يناقش الفقهاء المعاصرون هاتين المشكلتين، فإنهم لا يضيفون جديداً إلى الفكر القديم. فأرسطو يعترف بالنقص في التشريع، ويضع له العلاج، فهو يقول "عندما يكون التشريع قد عبر بوضوح عن قصده فإنه يترك بعد ذلك لرشادة القضاة أن يحكموا وأن ينظموا الباقي. وهو يجيز لهم أن يكملوا ما فيه من سكوت"[١].

([١]) أرسطو ، السياسية، الكتاب الثاني، الفصل السابع، الطبعة الفرنسية، مقدمة بريلو، ١٩٥٠، ص ١٢٥.

وهو يقول أيضاً، "عندما يصدر القانون في عبارات عامة ثم يحدث مستقبلاً شيء لا يتفق مع هذه النصوص العامة، فإنه يكون من الطبيعي تكملة النقص الذي تركه المشرع وإصلاح الترك الناشئ عن كون القانون يعبر بصفة عامة. والمشرع نفسه ولو كان حاضراً لوافق على تكملة النقص. ولو كان قد تنبه إليه لأدخل التحديد اللازم في نص القانون..." [١].

فإذا اعترفنا بالنقص في التشريع، فإن القاضي يواجه الموقف، كما لو كان المشرع حاضراً، ويحكم كما تقول المادة السابعة من التقنين المدني السويسري، التي تترجم أفكار أرسطو، طبقاً "للقواعد التي كان سيضعها هو لو أنه باشر عمل المشرع".

وفي الفقه الحديث فإن فرانسوا جني يخصص جانباً كبيراً من كتابه "طريقة التفسير". لإثبات النقص في التشريع، فهو ينبع حسب رأيه من طبيعة الأشياء[٢]. وهو يدعو القاضي بأن يكمل النقص في التشريع عن طريق القيام بمجهود عقلي هو البحث العلمي الحر، بحيث "يصل إلى الحل القانوني الواجب التطبيق على ضوء نفس الأفكار التي كان سيراعيها المشرع لو أنه تصرف بنفسه لحل النزاع"[٣]. ويعتبر عمل القاضي في هذه الحالة من قبيل البحث العلمي، لأنه غير مقيد بأي حكم وضعي. ويعتبر عمله من قبيل البحث العلمي، لأنه لا ينبغي أن يتأثر فيه بأفكاره الشخصية أو بالعناصر المتغيرة للنزاع، بل يتأثر بالعناصر

---

(١) أرسطو، الأخلاق، الطبعة الفرنسية، ١٩٤٠، ٥، ١٠، ٤ – ٥.

(٢) جني، طريقة التفسير،المرجع السابق، جـ ١، الصفحات ١١٧، ١١٨، ١٩٥، ١٩٧، و جـ ٢، الصفحات ١٢٩، ٣١٣، ٣٤١، ٣٤٦، ٣٦٠، ٣٦٦، ٣٧٠، ٣٩٧، ٣٨٦، ٣٨٨، ٤٠٨.

(٣) جني، طريقة التفسير، جـ ١، ص ١١٧.

الموضوعية التي يقدمها العلم. أي يتأثر بالحقائق التي يتكون منها جوهر القانون. ومن الواضح أن نظرية جني هي ترديد لنظرية أرسطو السابق ذكرها، وجني نفسه لا يخفي الأصل الأرسطي لنظريته[١].

وقد أخذ المشرع المصري في المادة الأولى من التقنين المدني، بفكرة النقص في التشريع، وأمر القاضي إذا لم يجد حلاً في المصادر الرسمية وهي التشريع والعرف أن يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، ومبادئ العدالة والقانون الطبيعي، لإستلهام الحل العادل للنزاع، وهي نفس المبادئ التي استلهمها المشرع نفسه عندما وضع قواعد التشريع العامة المجردة.

ورغم أن فكرة النقص في التشريع تتفق لأول وهلة مع طبيعة الأشياء، فيوجد مع ذلك فقهاء مثل هانز كلسن ينادون بفكرة كمال التشريع، ويرفضون فكرة النقص فيه. وقد دافع كلسن عن نظريته بعبارات قوية حادة، إستوجبت رداً عنفياً من الفقهاء التقليديين. فنجد الأستاذ روبييه، وهو أستاذ متحفظ عادة في عباراته، يصف منطق كلسن بأنه من قبيل اللغو[٢].وينبغي كذلك أن نشير إلى الأستاذ فالين الذي يميل إلى الإعتقاد بأنه "من الصعب إن لم يكن من المستحيل الإعتراف بالنقص في التشريع"[٣].

وفي تقديرنا أن كلسن يحول مشكلة هي بطبيعتها مشكلة دستورية، إلى مشكلة منطقية. ويقيم نظريته بالتالي على مصادرة على المطلوب،

---

(١) جني، المرجع السابق، جـ ٢، ص ٣١٨.

(٢) روبييه، الحق والمراكز القانونية، المرجع السابق، ص ٤٠٧.

(٣) فالين، السلطة المشروعة للقضاء، في دراسات سيل، جـ ٢، ١٩٥٠، ص ٦٢٣.

فهو يفترض وجود مصدر واحد للقانون هو التشريع، ولكن إذا تصورنا أن دستوراً معيناً يعترف بوجود مصدرين للقانون هما التشريع والقضاء. ففي هذه الحالة فإن النقص في التشريع يكون معترفاً به بحكم الدستور، ولن يكون هناك مجالاً لأي منطق يعطي للتشريع كمالاً، يرفضه له الدستور ذاته.

فالسؤال إذن ليس هو البحث فيما إذا كان المنطق يعترف بالنقص أم لا، وإنما البحث فيما إذا كان الدستور يعترف به أم لا.

وفي فرنسا فإن فرانسوا جني رجع إلى نص المادة الرابعة من تقنين نابليون، وهي تقرر أن "القاضي الذي يرفض الحكم، تحت إدعاء سكوت أو غموض أو نقص التشريع يمكن أن يوجه إليه إتهام بإرتكاب جريمة إنكار العدالة"، للقول بأن المشرع الفرنسي يعترف بالنقص في التشريع، ويأمر القاضي مع ذلك بالحكم في النزاع المطروح أمامه رغم هذا النقص. ففي هذا النص إعتراف من المشرع الفرنسي بأن النقص في التشريع لا ينبغي أن يقابله نقص في القانون. بل يجب أن ينطق القاضي دائماً بالعدل، أي بالقانون، سواء وجد حكماً في التشريع أو لم يجد.

وكما يقول جني فإن النقص كان موجوداً دائماً في كل "التاريخ القانوني للإنسانية"[١]. وهكذا رغم أن جني يقف بجانب المنطق والتاريخ وطبيعة الأشياء، إلا أنه لم يشأ أن يجعل القضية قضية منطقية كما فعل كلسن، بل جعلها قضية دستورية في المقام الأول. فهو يقول أنه كان في إمكان المشرع "أن يمنع القاضي من الحكم في أي

---

(١) جنّي، طريقة التفسير، جـ٢، ص ١٢٢ – ص ١٢٣.

نزاع لا يستند إلى نص في التشريع"[١]، ويأخذ بذلك بحيلة كمال التشريع إلا أن المشرع الفرنسي لم يفعل ذلك، بل اعترف بالنقص صراحة في المادة الرابعة السابق ذكرها.

وليس صحيحاً ما يقوله كلسن من أن الموافقة على وجود نقص في التشريع تعني "السماح للقضاة بأن يحلوا أفكارهم الأخلاقية والسياسية محل تلك التي يعتنقها المشرع"[٢]. والعكس هو الصحيح لأن القاضي سيستوحي نفس الفكرة العامة الموجودة التي تحرك المشرع نفسه. والفكرة العامة للوجود السائدة سواء في مصر أو فرنسا، تنادي بوجود عدل مطلق وأخلاق طبيعية. والقاضي يستلهم هذه الأفكار ذاتها لمواجهة النقص في التشريع. فهذه الأفكار هي ذاتها التي توحي بالقواعد العامة التي يضعها المشرع، وكذلك بالحلول الفردية التي يضعها القاضي عندما لا يجدها في قواعد التشريع.

ويجب علينا أن نزيد قليلاً في إيضاح فكرة النقص ذاتها. فهو لا يوجد فقط في حالات السكوت الكامل للتشريع، بل أيضاً مع وجود حكم عام في التشريع. وكما يقول أرسطو "والسبب في ذلك أنه قانون عام، وأنه بالنسبة للحالات الخاصة لا يكون التعبير العام محدداً بدرجة كافية... والقانون لا يواجه إلا الحالات العادية، دون أن ينكر مع ذلك ما يشوبه من نقص..." [٣]. فالنقص إذن صفة لصيقة بعمومية القاعدة التشريعية. وبتطبيق وتطويع القواعد العامة على الحالات الخاصة، فإن القاضي يحقق الإنصاف وهو أسمى من العدل على الحالات الخاصة،

---

(١) جني، طريقة التفسير، جـ ١، ص ١٢٨.

(٢) كلسن، النظرية الخاصة للقانون، ص ٣٣٢.

(٣) أرسطو، الأخلاق، ٥، ١٠، ٤.

فإن القاضي يحق الإنصاف وهو أسمى من العدل. ومع ذلك فلا ينبغي أن يغيب عن النظر ما يقوله أرسطو من أن "ما هو منصف يعتبر أسمى مما هو عادل في حالة خاصة، وهو لهذا السبب ذاته يعتبر عادلاً، ولا ينبغي الإعتقاد بأن الإنصاف يسمو على العدل لأنه من طبيعة مختلفة، فالعدل والإنصاف متطابقان، وكلاهما مرغوب فيه، وإن كان الإنصاف مرغوب فيه أكثر... وهكذا فإن الإنصاف هو العدل، وهو كذلك أسمى من العدل، ولكنه ليس أسمى من العدل في ذاته، بل أسمى من العدل بما يشوبه من نقص راجع إلى صياغته العامة"[١].

وبهذا فإن أرسطو لا يشجع على أية حركة تنادي بمبدأ القانون الحر الذي نادى به أفلاطون، ونادت به مدرسة القانون الحر في ألمانيا، ونادى به القاضي مانو في فرنسا. بل العكس فإن أرسطو ينادي بمبدأ سيادة القانون، لأن "إتباع قائد مجرد عن الأهواء أكثر أماناً من إتباع قائد تكون الأهواء داخله في تكوينه. والقانون مجرد عن الأهواء"[٢].

ولكن كما يقول هو أيضاً "عندما يكون التشريع قد عبر بوضوح عن قصده فإنه يترك بعد ذلك لرشادة القضاة أن يحكموا وأن ينظموا الباقي. وهو يجيز لهم أن يكملوا ما فيه من سكوت"[٣].

---

(١) أرسطو، الأخلاق، ١٠، ١ – ٧.

(٢) أرسطو، السياسة، الكتاب الثاني، الفصل ١٢، ص ١٢٥.

(٣) أرسطو، السياسة، المرجع السابق، ص ١٢٣.

٥٣ـ الفصل بين السلطات:

الإعتراف بالنقص في التشريع على النحو السابق ذكره يقضي تدخلاً أخلاقياً للقاضي. ومع ذلك فإن القاضي يخلق حلاً فردياً للنزاع.

ولكنه لا يخلق قاعدة قانونية. وبهذا فإن العمل الخلاق للقاضي لا يتعارض في شيء مع مبدأ الفصل بين السلطات حتى ولو كان هذا الفصل جامداً. هذه هي خلاصة أفكار فرانسوا جني[١]. ولكن الفقه الفرنسي لم يتأخر كثيراً بعد دراسة جني، عن الإعتراف بالقضاء كمصدر للقانون. وكما يقول الأستاذ بولانجيه فإنه "بكل وضوح، أصبح موقف جني الآن متخلفاً depassé"[٢]. وإذا رجعنا إلى كتاب السياسة لأرسطو، وجدناه يبدأ الفصل الذي يحمل عنوانه "السلطات الثلاثة في كل حكومة". بقوله "عندما تكون هذه الأجزاء الثلاثة منسقة تنسيقاً جيداً، فإن الحكومة تسير سيراً حسناً"[٣]. وسياق الحديث في هذا الموضوع يؤكد فكرة التعاون بين السلطات وليس الفصل الكامل بينهما.

ومن ناحية أخرى فإن "جون لوك" وهو الفيلسوف الذي أثرت كتابته مباشرة في دساتير الدول الحديثة، وبصفة خاصة دستور الولايات المتحدة الأمريكية، ينادي على غرار أرسطو بمبدأ الفصل بين السلطات لضمان الحرية. ولكنه يقصد به بصفة خاصة أن السلطة التشريعية لا تقوم بأعمال السلطة التنفيذية، ولكن العكس غير صحيح.

---

(١) جني، طريقة التفسير، جـ ٢، ص ٤٩؛ نفس المعنى، جـ ١. الصفحات من ٢٠٢ إلى ٢١٩.

(٢) بولانجيه، ملاحظات حول السلطة المنشئة للقضاء، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٦١، ص ٤١٨.

(٣) أرسطو، السياسة، الكتاب الثالث، الفصل الثالث.

فهو يقول "إنه سيكون من قبيل الإغراء أو التحريض للطبيعة الإنسانية الضعيفة، المحبة للطموح، أن يعهد للأشخاص الذين لهم سلطة عمل القوانين، سلطة تنفيذها، في نفس الوقت...." [١].

ولكنه يقول من ناحية أخرى "عندما تباشر السلطة التشريعية بصفة مستقلة عن السلطة التنفيذية. فإن مصلحة المجتمع تقضي أن تترك بعض الأشياء إلى تقدير ذلك الذي يحوز السلطة التنفيذية. فإن المشرعين لن يستطيعوا توقع كل ما يمكن أن يكون مفيداً للجماعة وتنظيمه بواسطة تشريعات. وبالتالي فإن ذلك الذي عليه واجب تنفيذ القوانين، له الحق أيضاً بحسب القانون المشترك للطبيعة، أن يستخدم السلطة التي يحوزها في تحقيق مصلحة المجتمع، في الحالات الكثيرة التي لا يوجد لها حكم في التشريع..." [٢]. وتفكير لوك مطابق تماماً لتفكير أرسطو. فهو يذهب إلى أن الإعتراف للقضاء بسلطة تكملة التشريع الناقص هو إستثناء من مبدأ الفصل بين السلطات. وهو إستثناء له ما يبرره.

وعندما جاء مونتسكيو أخيراً، ينادي بالفصل بين السلطات، ويقول تعبيره الشهير بأن "السلطة توقف السلطة". فإنه كان يقصد هو أيضاً التعاون بين السلطات المستقلة وليس الفصل الكامل بينهما. فهو يقول "هذه السلطات الثلاثة ينبغي أن تكون في حالة من الراحة أو عدم الحركة، ولكن نظراً للحركة الضرورية للأشياء، فهي مضطرة إلى السير.. وهي ستجبر على السير في وفاق de concert" [٣].

---

(١) جون لوك، دراسة للسلطة المدنية، النسخة الفرنسية، ١٤٩٥٣، الفصل ١٢، فقرة ١٩٤٣.

(٢) جون لوك، السلطة المدنية الفصل ١٤، فقرة ١٥٩.

(٣) مونتسكيو، روح القوانين، الكتاب ١١، الفصل ٤.

ويعلق هوريو على ذلك بأن "السير في وفاق لا يعني شيئاً آخر غير التعاون[١].

وحتى عندما يقول مونتسكيو في عبارته غير المقبولة" أن قضاة الأمة ليسوا سوى الفم الذي ينطق أقوال التشريع. فهم كائنات غير حية لا تستطيع أن تخفف منه القوة أو الصرامة". فإنه لم ينس مع ذلك أن يفرق بين القضاء وبين القضاة، وأن يعترف بقوة غير مرئية على حد تعبيره للقضاء دون القضاة[٢].

٥٤ـ القضاء مصدر القانون:

من الواجب التفرقة بين الحكم وبين القضاء. وفي حالة النقص في التشريع فإن الحكم يخلق حلاً فردياً، ولكنه لا يخلق قاعدة قانونية، ولكن القاضي عندما يخلق حلاً فردياً للنزاع فإنه يستوحيه من قاعدة عامة قد اكتشفها[٣]. طبقاً للفكرة العامة الموجودة السائدة في بلده، وتكرار الأخذ بنفس الحل في أحكام أخرى يؤدي في آخر الأمر إلى تكوين القضاء، أي القواعد العامة القضائية. وقوة القضاء في الخلق ليست غير مرئية كما يقول مونتسكيو، ولكنها في الواقع غير شخصية.

وإذا أخذنا مبدأ الفصل بين السلطات بمعنى التعاون بين السلطات، بما يسمح بوجود إستثناءات على هذا المبدأ على النحو الذي يقول به الفيلسوف جون لوك، فإنه يكون صحيحاً ما يقوله الأستاذ موري "ويبدو لي أنه لا يوجد أي مبدأ من مبادئ القانون الوضعي الفرنسي،

---

(١) هوريو، موجز القانون الدستوري، طبعة ثانية، ١٩٢٩، ص ٣٥٥، أضف ديلفيكيو، فلسفة القانون، الترجمة الفرنسية، داللوز، باريس، ١٥٣، ص ٣٦٠.

(٢) مونتسكيو، روح القوانين، الكتاب ١١، الفصل ٦.

(٣) جني، طريقة التفسير، جـ ٢، ص ٣٩٤.

يستبعد القضاء كمصدر رسمي من مصادر القانون"[١]. وما يصدق على فرنسا يصدق كذلك على مصر.

وإذا كان الإعتراف بالقضاء كمصدر للقانون هو أمر مقبول من الناحية النظرية، فهو أمر واقع من الناحية العملية. ففي مصر ورغم موقف عدد كبير من الفقهاء، فإن الدكتور السنهوري يقرر "أن أكثر من نصف قواعد القانون المدني الجديد هي من خلق القضاء في ظل التقنين المدني القديم"[٢]. وفي فرنسا فإن الأستاذ موري يقرر أن واقعة كون القضاء مصدراً للقانون أصبح معترفاً بها اليوم بالإجماع"[٣]. وحتى هؤلاء الذين يرون في القضاء "مصدراً تعسفياً للقانون"، ويرون فيه "خميرة جديدة للإنهيار الشكلي والموضوعي للديمقراطية"، لا ينكرون مع ذلك واقعة كون القضاء مصدراً للقانون، ولكنهم يرجون فقط لو أنه لم يكن كذلك"[٤].

وفي فرنسا لا يكاد يسمع صوت واحد ينكر أن القضاء مصدراً من مصادر القانون. وإذا كان الأستاذ كاربونييه يرى أن القضاء هو "ظاهرة نفوذ"، وليس "ظاهرة خلق للقواعد القانونية"، فهو يبني رأيه على أساس أن "القاضي لا يكتفي، وليس له الحق في أن يكتفي بأن يسبب حكمه بالإشارة إلى قضاء محكمة النقض دون إعطاء أسباب

---

(١) موري، ملاحظات حول القضاء كمصدر للقانون، في الدراسات المهداة إلى جورج ريبيـــر، ج ١، ص ٣٠.

(٢)عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، جـــ ١، ص ٨٣.

(٣) موري، ملاحظات حول القضاء كمصدر للقانون، ص ٢٨.

(٤) ديبيرو، القضاء مصدر تعسفي للقانون، في الدراسات المهداة إلى موري، جـــ ٢، الـــصفحات ٣٥٧، ٣٧٤، ٣٧٧.

أخرى"[١]. ومع ذلك فإن هذه الملاحظة ينكرها فقهاء آخرون. وكما يقول الأستاذ بيرو، فإن الأحكام تشير في تسبيب حلولها إلى القضاء المستقر، كما تشير إلى التشريع... ومحكمة النقض ذاتها لا تمنع نفسها من الإلتجاء إلى هذه الطريقة، بل إن لها صيغة معروفة للإستناد إلي قضائها المستقر وهي صيغة " إنه من المقرر أن ....[٢]" والأستاذ بولانجيه يؤيد هذه الملاحظة التي أبداها الأستاذ بيرو[٣].

ونحن نضيف إلى ذلك فيما يتعلق بمصر أن محكمة النقض المصرية لها عبارة تستند فيها إلى قضائها المستقر، أكثر وضوحاً من عبارة محكمة النقض الفرنسية. وعبارة محكمة النقض المصرية الواضحة هي: "وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة..." فمحكمة النقض المصرية لا تخفى أن ما جرى عليه قضاؤها هو حكم القانون الواجب التطبيق.

فإذا تجاوزنا رأي الأستاذ كاربونييه، وجدنا إجماع الفقه الفرنسي منعقداً على الإعتراف بواقعة أن القضاء مصدر من مصادر القانون[٤]. ويستخدم الفقيه الفرنسي تعبيراً مختصراً عن هذه الواقعة

---

(١) كاربونييه، القضية والحكم، محاضرات في علم الإجتماع القانوني ، ١٩٦١ - ١٩٦٢، الصفحات ٣٦٣، ٣٦٦.

(٢) بيرو، صياغة القضاء في القانون الخاص، ١٤٩٢٣، جـ ١، ص ٦٨ - ٦٩.

(٣) بولانجيه، دور القاضي في حالة سكوت التشريع أو نقصه، أعمال جمعية كابتان، جـ ٥، ١٩٤٩، دالوز، ١٩٥٠، ص ٦٦.

(٤) أنظر المراجع العديدة المشار إليها في كتابنا، الإلتزام القضائي، ص ١٨٩، هامش ١٢٨؛ وكتابنا النظرية العامة للقانون، ص ٥٠١، وهامش ٤٤٥.

العلمية، وهو تعبير "واقعة القضاء"، Le Fait jurisprudentiel، أي واقعة كون القضاء مصدراً للقانون[١].

وقد سبق أن رأينا أن القضاء يخلق القانون، عادة، وهو يكمل النقص في مصادر القانون الوضعي. ولكن لا ينبغي أن يستخلص من ذلك أن القضاء مصدر إحتياطي وغير أصلي. فإكمال النقص هو بطبيعته عمل أصلي غير إحتياطي. وهو لا يختلف في ذلك شيئاً عن تعديل القانون. ومما يؤكد كذلك أن القضاء مصدر أصلي للقانون، أنه لا ينشئ قواعد قانونية جديدة تكملة للنقص في القانون فحسب، بل هو يقوم أحياناً بتعديل قواعد القانون تحت ستار تفسيرها.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن التشريع أقوى من القضاء في خلق القانون، بدليل أن المشرع يستطيع عن طريق التشريع أن يلغي أي قضاء مستقر[٢]. ولكن هذا الرأي غير صحيح، فإن القضاء يستطيع بالمثل أن ينشئ قواعد قانونية مخالفة للقواعد السابق صدورها من المشرع وإن كان لا يصرح بذلك فعلاً.

ولكن إذا كان التشريع والقضاء يتساويان من حيث قدرة اللاحق منها على إلغاء السابق، فإن ذلك لا يؤدي من ناحية أخرى إلى القول بوجود "توازن بين قواعد التشريع وبين قواعد القضاء التقديري". كما يذهب إلى ذلك هوريو[٣].

---

(١) أنظر في إستخدام هذا الإصطلاح، موري، ملاحظات حول القضاء، ص ٢٨؛ مارتي ورينو، القانون المدني، جـ ١، ص ١٩٧.

(٢) موري، القضاء المهزوم بواسطة التشريع، في الدراسات المهداة إلى سافتييه، ١٩٦٥، ص ٦٠٤، وما بعدها.

(٣) هوريو، البوليس القانوني وجوهر القانون، المرجع السابق، ص ٣٠٧ – ٣٠٨.

والصحيح هو أن التشريع يلعب، من الناحية الفعلية، دوراً أوسع نطاقاً، وأكبر حجماً من حيث الكم، من الدور الذي يلعبه القضاء في خلق القواعد القانونية. والسبب في ذلك بسيط، وهو أن العمل الأساسي للتشريع هو خلق القانون، بينما العمل الأساسي للقضاء هو تطبيق القانون لا خلقه.

ولكن ذلك لا يمنع أنه بالنسبة لبعض فروع القانون، كالقانون الإداري، فإن القضاء يعتبر هو المصدر الأهم من مصادر هذا الفرع.بالقياس إلى التشريع ذاته. وكذلك ليس هناك ما يمنع أن تزيد أهمية وعدد القواعد التي ينشئها القضاء في فروع القانون التي يحكمها تقنين قديم. وقد رأينا أن نصف أحكام التقنين المدني المصري مأخوذة من أحكام القضاء في ظل التقنين القديم.

وإذا ما انتهينا إلى أن القضاء مصدر من مصادر القانون الأصلية كالتشريع والعرف. فلا تكون هنا حاجة إلى التنبيه بأنه مصدر مستقل لا يختلط بالتشريع[١]. ولا بالعرف[٢].

٥٥ـ رفض فكرة حكومة القضاء وفكرة السلطة البريتورية للقضاة:

يبدو لنا من الواجب إستبعاد كل الإصطلاحات التي تؤدي إلى تعقيد المسألة التي ندرسها. فليس من المعقول أن نتحدث عن "إمبريالية القاضي" كما يفعل الأستاذ فالين[٣]، والاستاذ دييبرو[٤]. والصحيح أن الإمبريالية لها معناها الخاص في العلوم السياسية، وهو معنى لا علاقة

---

(١) قارن بيرو، صياغة القضاء، المرجع السابق، جـ ١، ص ١٠٩.

(٢) جني، طريقة التفسير، المرجع السابق، جـ ٢، ص ٤٥؛ فالين، الفردية والقانون، المرجع السابق، ص ٢٨٩ وما بعدها.

(٣) فالين، القانون الإداري، ١٩٥٩، ص ٦٣٢.

(٤) دييبرو، القضاء مصدر تعسفي للقانون، المرجع السابق، ص ٣٧٤.

له إطلاقاً بوظيفة القضاء. ومن غير المرغوب فيه إستخدام مثل هذه اللغة بقدر ما يؤدي إلى إشاعة الإضطراب والغموض فيها.

ومن الإصطلاحات الواجب إستبعادها كذلك إصطلاح "حكومة القضاة". وهو الإصطلاح الذي وضعه لامبير بصدد دراسته للنظام القانوني في الولايات المتحدة، وجعله عنواناً لهذه الدراسة(١)، ثم انتقل منه بعد ذلك إلى بعض الفقهاء الفرنسيين والبلجيكيين مثل ريفيرو(٢) ودي باج(٣). والصحيح أنه إذا كانت السلطات غير منفصلة بعضها عن البعض الآخر إنفصالاً كاملاً، إلا أنها من ناحية أخرى غير مندمجة بعضها في البعض الآخر تماماً. والقول بأن القضاة يباشرون أعمال الحكم الداخلي في الدولة، فيه خلط بين السلطتين القضائية والتنفيذية بل وفيه خلط كذلك بين السلطتين القضائية والتشريعية. وهذا الخلط ليس فقط غير مرغوب فيه، بل هو أيضاً غير موجود من الناحية الواقعية. وكما يقول الأستاذ ريفيرو نفسه: "الحكم معناه التحرك في التو واللحظة. لذلك فإنه يكون من اللغو من الناحية السياسية المبالغة في نتائج المسلك الذي أتخذناه(٤)". وإذا كان أصحاب الفكرة أنفسهم يرون لغواً في جانب منها، فكيف يمكن إعتبارها صحيحة في مجموعها؟ أن الحقيقة لا تتجزأ ولا تصالح، وكما يقول الأستاذ كاربونييه: "لقد كان

---

(١) لامبير، حكومة القضاة والصراع ضد التشريع الإجتماعي في الولايات المتحدة، ١٩٢١.

(٢) ريفيرو، القاضي الإداري الفرنسي، قاضي يحكم، داللوز، ١٩٥١، ٢١.

(٣) دي باج، حكومة القضاة، ١٩٣١.

(٤) ريفيرو، القاضي الإداري، المرجع السابق، ص ٢٤.

من التسرع الإنتهاء إلى فكرة حكومة القضاة"[١]. فهذه الفكرة غير صحيحة لا في فرنسا ولا في مصر.

ومن الإصطلاحات الواجب إستبعادها أيضاً. إصطلاح السلطة البريتورية للقضاء، بالنسبة إلى البريتور الروماني. وهذا الإصطلاح هو أكثر الإصطلاحات شيوعاً عند الفقهاء. فلا يكاد يوجد فقيه واحد لا يستخدمه في التعبير عن قدرة القضاء على خلق القواعد القانونية.

ومع ذلك فإن القانون القضائي الذي رأينا كيف يتم تكوينه في مصر أو في فرنسا. لا يشبه في شيء القانون البريتوري الذي كان يعرفه الرومان.

وقد كان النظام القانوني الروماني يعرف الفصل المادي بين الوظائف، ولكنه لم يكن يعرف الفصل السياسي بين السلطات. ولذلك كان من الجائز أن يجمع شخص واحد في يده وظيفتين مختلفتين. وقد كان هذا هو وضع البريتور الروماني الذي كان حاكماً وقاضياً في نفس الوقت.

ومن أبسط حقائق القانون الروماني، أن القانون البريتوري قد نشأ عن طريق الأوامر الصادرة عن كل بريتور. وبصفة خاصة الأمر الدائم الذي كان يصدره بريتور المدينة. ومن أبسط حقائق القانون الروماني أيضاً أن البريتور لم يكن يصدر أوامر وهو يباشر وظيفته القضائية jurisdictio بل وهو يباشر وظيفته السياسية والإدارية imperium. فهذه الأوامر كما يقول الفقيه الروماني جايوس، هي تلك

---

(١) كاربونييه، القضية والحكم، المحاضرات السابق الإشارة إليها، ص ٢٦٧.

"الصادرة ممن لهم الحق في الأمر"[1]. وقد كانت الأوامر البريتورية تعلق في ساحة المدنية.

وكل هذا يدل على أن الأوامر البريتورية كانت صورة من صور التشريع، الذي يصدر عن أشخاص يباشرون سلطة الحكم السياسي داخل المدينة. وهي في هذا تختلف، إختلافاً كلياً عن القضاء في دولة كمصر أو فرنسا، حيث لا يباشر القضاة أية سلطة سياسة أو إدارية، وحيث لا يصدر القضاة قرارات تنظيمية تتضمن قواعد عامة، تعلق في ساحة المدينة أو تنشر في الجريدة الرسمية أو غير ذلك من وسائل النشر. وأن إصطلاح السلطة البريتورية هو من إصطلاحات العلوم السياسية، التي تعبر عن بعض نظم الحكم الديكتاتوري، حتى أن الأستاذ دوفرجيه خصص جزءاً كبيراً من كتابه عن الديكتاتورية لشرح ما أسماه "الدكتاتورية البريتورية"، وهي من أكثر "أشكال الديكتاتورية شيوعاً وتهديداً"[2] فكيف يجوز بعد ذلك أن نعطي للقضاء المصري أو الفرنسي إصطلاحاً يعبر عن نظم الحكم الديكتاتوري. وإذا كان حب المبالغة يغري بالخلط بين الأشياء، فإن واجب العلم يقتضي ضبط الإصطلاحات والتمييز بين الأشياء.

والخلاصة أن القضاء يخلق القانون، ولكن لا علاقة لذلك بالإمبريالية، أو حكومة القضاة، أو السلطة البريتورية.

٥٦ـ التفويض الصريح للسلطة التقديرية:

لا يستطيع القاضي أن يمارس سلطته التقديرية في تعديل العقد، بدون تفويض صريح من القانون الوضعي في مصادره المختلفة.

---

(١) جايوس، النظم ، ١، ٢.

(٢) موريس دوفرجيه، الدكتاتورية، باريس، ١٩٦١، ص ٨٢.

وتقصد بذلك التشريع أو القضاء[١]. ومعظم حالات التعديل ورد النص عليها في التشريع.

والقضاء بإعتباره مصدر للقانون يستطيع خلق إلتزامات قانونية قضائية مصدرها القضاء ذاته، كالإلتزام بضمان السلامة في عقد النقل. ولكن القضاء يستطيع أيضاً أن يمنح القاضي سلطة تقديرية لخلق إلتزامات قضائية مصدرها حكم القاضي، كالسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي لتعديل العقود المهنية[٢].

وخارج نطاق التفويض الصريح بواسطة التشريع والقضاء، فإن القاضي لا يستطيع تعديل العقد باسم العدل أو الإنصاف، إلا إذا أمكن إعتبار حكم القاضي قادراً على خلق القضاء. ولكن قبل استقرار مثل هذا القضاء، فإن الحكم الذي يعدل العقد على أساس العدالة، وبدون تفويض صريح سابق، فإنه يخالف القانون ويستوجب رقابة محكمة النقض.

والواقع أنه لا توجد علاقة قانونية عامة تسمح للقاضي بتعديل العقد الظالم. على العكس فإن القاعدة العامة الموجودة هي أن العقد شريعة المتعاقدين. وتطبيقات الحكم المنشئ للإلتزام هي إستثناءات ترد على هذه القاعدة. ولكن هذا لا يمنع أن حكم القاضي، في حدود هذه التطبيقات هو مصدر عام للإلتزام فالحكم يخلق الإلتزام وفقا للقاعدة الآتية : كل تعديل ضروري قضائي آمر للعقد، يخلق إلتزاماً قضائياً.

---

(١) من غير المتصور أن يحصل القاضي على هذه السلطة من العرف. لأنه من غير المتصور أن يكون نشاط القاضي موضوعاً للعرف.

(٢) راجع ما سبق، فقرة ٤٥.

والتفويض السابق لا يعدو أن يكون أحد شروط تطبيق هذه القاعدة.
ومن ناحية أخرى فإن جميع مصادر الإلتزام الأخرى يجب أن تستكمل شروطا معينة حتى تنتج أثرها. وبسبب هذه الشروط فإن تطبيقات كل مصدر من مصادر الإلتزام. هي تطبيقات محدودة بشكل أو بأخر.

والواقع أنه لا يوجد مصدر واحد للإلتزامات، بل مصادر متعددة وكل واحد من هذه المصادر، دون أن يكون هو المصدر الوحيد، إلا أنه مع ذلك مصدر عام للإلتزام طالما أن تطبيقاته تستجيب إلى فكرة واحدة.

٥٧ـ تحليل فكرة السلطة التقديرية، فكرة غير قاصرة على القرار الإداري.

كما رأينا من قبل. فإن القضاء يخلق القواعد القانونية دون أن تكون له مع ذلك أية سلطة بريتورية أو حكومية أو سياسية. ومن باب أولى فإن الحكم ليس له شيء من هذا. فالسلطة التقديرية في تعديل العقد يحصل عليها القاضي بتفويض من القانون. والأمر يتعلق بتطبيق القانون في مصادره المختلفة. وليس من شأن هذه السلطة التقديرية أن تحول الحكم القاضي إلى قرار إداري، والواقع أن السلطة التقديرية ليست من الخصائص التي يستأثر بها القرار الإداري. وكل تطبيق للقانون، سواء كان قضائياً أو إدارياً. يمكن أن يكون مرناً أو مقيداً.

ولكن ما هو معنى التطبيق المرن للقانون؟ كل قاعدة قانونية تتحلل إلى عنصرين: فرض hypothèse وحل solution، وكل تطبيق للقانون يتحلل إلى عنصرين: معاينة constatation وقرار décision. والمقصود بالمعاينة هو إدخال المسألة المعروضة في الفرض الخاص بقاعدة معينة من قواعد القانون. أما القرار فهو

إخضاع المسألة للحل الخاص بهذه القاعدة ذاتها. فإذا كانت المعاينة تتم بطريقة آلية غير إرادية، وكان القرار هو نتيجة منطقية للمعاينة، فإن تطبيق القاعدة القانونية لا يكون تقديرياً ، وعلى العكس إذا كانت المعاينة تتم بطريقة إرادية غير آلية. وكان القرار لا يترتب، لا ضرورة، ولا منطقاً على المعاينة، بل يتوقف على إرادة الشخص القائم بتطبيق القانون، فإن التطبيق في هذه الحالة يكون تقديرياً.

وفي الحالة الأولى فإن العملية تكون بمثابة قضية منطقية تؤدي فيها المقدمات إلى النتائج، ويمكن مقدماً معرفة القرار الذي سيتخذ. وعلى العكس في الحالة الثانية تستحيل معرفة القرار قبل تدخل الشخص الذي يقوم بتطبيق القاعدة.

والسلطة التقديرية تستمد من طريقة صياغة القاعدة ذاتها. وما إذا كانت هذه القاعدة مرنة أم جامدة. والقاعدة المرنة التي تتم صياغتها في عبارات مرنة أو مطاطة élastique، هي وحدها التي تطبق بطريقة تقديرية. والقاعدة يمكن أن تكون مرنة في حلها أو في فرضها أو في العلاقة بين الفرض والحل. وهكذا فإن السلطة التقديرية يمكن أن توجد في المراحل الثلاثة من التطبيق: المعاينة، وإتخاذ القرار، ومضمون هذا القرار.

وإذا أخذنا مثال الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من التقنين المدني المصري، التي تأخذ بنظرية الظروف الطارئة، وجدنا القاضي يملك سلطة تقديرية في المعاينة "أي التحقق من وقوع "حوادث إستثنائية عامة"، يترتب عليها أن يصبح تنفيذ الإلتزام "مرهقاً" ويهدد المدين "بخسارة فادحة". فكل هذه عبارات مطاطة يملك القاضي في معاينتها سلطة تقديرية واسعة. ويملك القاضي سلطة تقديرية كذلك في إتخاذ

القرار. فكما يقول النص " جاز للقاضي وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين .....الخ " ويملك القاضي سلطة تقديرية واسعة أيضاً في تحديد مضمون القرار وهو أن "يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول". فالمشرع أطلق يد القاضي في العقد على حد تعبير الاستاذ السنهوري السابق ذكره.

ويكفي للقول بأن تطبيق القاعدة تقديرياً، أن تكون واحدة فقط من العمليات الثلاثة السابق ذكرها. منطوية على ذلك. ومع ذلك فتجب ملاحظة أن العملية الأولى وهي المعاينة، تثير أحياناً مشكلة تكييف، وتخضع بالتالي لرقابة محكمة النقض[١]. ولذلك فإن العملية الثانية المتعلقة باتخاذ القرار، وكذلك العملية الثالثة المتعلقة بتحديد مضمون القرار، هما اللتان تتميزان أكثر من غيرهما السلطة التقديرية[٢].

ولا يجوز إستخدام فكرة السلطة التقديرية على النحو السابق ذكره للتفرقة بين العمل القضائي وبين القرار الإداري، وليس صحيحاً ما يقوله البعض من أن "الإدارة تتمتع بسلطة مطلقة وتقديرية"[٣].

فالسلطة الإدارية تخضع لمبدأ المشروعية، بمعنى أن كل تصرفاتها يجب أن تكون مطابقة للقانون، وفي مباشرة وظيفتها فإن الإدارة تتمتع أحياناً بسلطة تقديرية، وفي أحيان أخرى تكون سطلتها مقيدة Liée.

---

(١) مارتي، التفرقة بين الواقع والقانون. الرسالة السابق ذكرها. ص ٢١٣.

(٢) يقول الأستاذ مارتي أنه توجد سلطة تقديرية عندما يستخدم المشرع إصطلاح يجوز للقاضي، وهذا ما يقابل العملية الثانية في التحليل الذي ذكرناه في المتن، أو عندما يترك المشرع القاضي سلطة فردية الجزاء Individualisation وهو ما يقابل العملية الثالثة في التحليل الوارد في المتن، راجع رسالة الاستاذ مارتي السابق ذكرها، ص ٢٧٢، وص ٢٧٤.

(٣) جلاسون، تعليق ، نقض ٣ أبريل ١٨٩٥، داللوز، ١٨٩٦، ١، ٥؛ أضف، روان، الشيء المحكوم به، رسالة ليون، ١٩٥٨، ص ٢٩٢.

والأمر يتوقف على القاعدة القانونية التي تقوم بتطبيقها وهل هل قاعدة جامدة، أم قاعدة مرنة[١]. وهذا يصدق أيضاً على الوظيفة القضائية.

وقد أمكن للبعض القول بأن السلطة التقديرية هي من الخصائص القاصرة على السلطة القضائية وحدها، دون السلطة الإدارية، وفي هذا المعنى يقول الأستاذ كاربونييه، "الفكرة التي أقترحها هي أن القضاء هو الشك، الشك الذي يقرر في نزاع إنساني. فإذا كانت الإدارة تسمح لنفسها أن تشك قبل أن تقرر فإن عملها يتجه إلى أن يصبح قضائياً. وبالمثل فإذا توقف القاضي عن الشك، بحكم العادة والتكرار، فإن قضاءه يتجه إلى أن يصبح آليا كما تفعل الإدارة"[٢].

ونحن نكتفي بالقول في آخر هذه الفقرة، بأن السلطة التقديرية لا تحول الحكم إلى قرار إداري.

٥٨ـ السلطة المنشئة ليست قاصرة على القرار الإداري:

إذا كانت السلطة التقديرية ليست من الخصائص القاصرة على القرار الإداري، فإن السلطة المنشئة ليست هي الأخرى من الخصائص القاصرة عليه أيضاً.

وإذا كان الأستاذ جيز قد أطلق فكرة مؤداها أن العمل القضائي لا يخلق شيئاً، وأن الخلق أو الإنشاء الذي ينتج أحياناً عن العمل القضائي. إنما هو بسبب قرار إداري مضاف إلى العمل القضائي. فإن هذه الفكرة لا فائدة منها في الواقع إلا لمواجهة الصعوبات التي نشأت

---

(١) كاريه دي مالبيرج، مساهمة في نظرية الدولة، جـ ١، ص ٧٦٣ و ص ٧٦٩؛ ديجي، موسوعة القانون الدستوري، جـ ٢، ص ٣٨٥ وما بعدها: دي لوبادير، القانون الإداري، المرجع السباق، ص ٢١٧.

(٢) كاربونييه، القضية والحكم، المحاضرات السابق ذكرها. ص ١٦٢.

بسبب التعريف الذي أعطاه الأستاذ جيز للعمل القضائي بإعتباره مجرد معاينة تحوز قوة الحقيقة القانونية[١].

وما يقوله الأستاذ جيز غير صحيح، لأن العمل القضائي ليس مجرد معاينة، وهو يمكن أن يكون منشئاً دون أن يستعير شيئاً من القرار الإداري، بل أنه يمكن الدفاع عن الفكرة العكسية، وهي أنه كلما زادت القوة المنشئة للقرار، كلما ابتعد عن الصفة الإدارية، وقد سبق أن رأينا أنه في حالة النقص في التشريع ، فإن القاضي يخلق الحق العادل للنزاع، وعلى العكس فإن الإدارة لا تستطيع خلق أي شيء في مثل هذا الفرض.

وكما يقول الأستاذ كاريه دي مالبير "الإدارة تستطيع أن تأخذ أية قرارات أو تتخذ أية إجراءات. غير تلك التي يقررها ويسمح لها التشريع؛ وشرط المشروعية من شأنه في الدولة المعاصرة، أن يقيد السلطة الإدارية ، ويؤدي أحياناً إلى تقليص هذه السلطة إلى حد العجز وعدم الحركة"[٢].

ومن ناحية أخرى فقد أوضحنا طوال هذه الدراسة، أن القانون يمنح القاضي أحياناً سلطة إنشاء إلتزامات قضائية. وعلى العكس فإننا لا نعرف بعد أن الإدارة تخلق إلتزامات إدارية. والمثل الذي يعطيه جيز، عن فرض الضريبة، غير مقنع لأن مصدر الإلتزام بدفع الضريبة هو القانون وليس الإدارة[٣]. وكذلك فإن الأمثلة التي يعطيها ديجي، تتعلق في الواقع بإلتزامات تنشأ عن الإرادة المنفردة للإدارة، ولا تلزم إلا

([١]) جيز، العمل القضائي، في مجلة القانون العام، ١٩٠٩، ص ٦٦١ – ص ٦٦٢.

([٢]) كاريه دي مالبير، مساهمة في نظرية الدولة، المرجع السابق، جـ ١، ص ٧٠٦.

([٣]) جيز، العمل القضائي، المرجع السابق، ص ٦٨٢.

الإدارة وحدها، مثل الإلتزامات التي تنشأ عن الإرادة المنفردة للأفراد[١].

وقد يكون من الممكن أن الإدارة تخلق الإلتزامات، ولكن حتى الوقت الذي نشرنا فيه نظريتنا عن الإلتزام القضائي، فإن الفقهاء وخاصة أساتذة القانون المدني منهم، لم يعرفوا شيئاً اسمه الإلتزام الإداري، ولابد من القيام بدراسة خاصة لإثبات وجوده. وقد قمنا نحن بهذه الدراسة في كتابنا، القرار الإداري مصدر للحق في عام ١٩٧٢.

وبإختصار فإن القرار الإداري لا يتميز بسلطته المنشئة، كما أن الأثر المنشئ للعمل القضائي، ليس من شأنه أن يحوله إلى قرار إداري.

٥٩ـ الحكم القضائي لا يتضمن أي عنصر تشريعي أو إداري: وحدة الحكم:

إعتقد البعض أن الحكم يتضمن أحياناً عنصراً تشريعياً. وهذه الفكرة يشترك فيها أنصار المعيار المادي للعمل القضائي. وكذلك أنصار المعيار الشكلي. وهكذا نجد بونار يعتقد أن عنصر القرار في الحكم يتضمن أحياناً "تصرف قاعدة" acte-régle من طبيعة تشريعية. ويقول أن إندماج القرار في المعاينة هو الذي يجعل من هذا القرار. تصرفا مركباً من طبيعة قضائية خالصة[٢]. ومع ذلك لا يبدو مفهوماً لماذا لا يؤدي هذا الاندماج إلى تحويل التصرف إلى تصرف تشريعي خالص. ولماذا يغلب في رأي بونار العنصر القضائي على العنصر

---

(١) ديجي ، القرار الإداري والقرار القضائي، مجلة القانون العام، ١٩٠٦، ص ٤٥٥.

(٢) بونار، الفكرة المادية في الوظيفة القضائية، في الدراسات المهداة إلى كاريه دي مابيروج، ١٩٣٣، ص ٢٤ – ص ٢٥.

التشريعي. ولذلك نجد الأستاذ كاريه دي مالبير يعتبر هذا التصرف تشريعياً خالصاً. ولا يمكن أن يفصل بينه وبين التشريع غير المعيار الشكلي[١].

والحقيقة ليست مع بونار، ولا من كاريه دي مالبير، ولكنها مع فرانسوا جني. فالفكرة التي لا يمكن رفضها حسب هذا الأخير، هي أن الحكم يمكن أن يخلق حلاً قانونياً، ولكنه لا يمكن أن يخلق قاعدة قانونية[٢]. وليس هناك أي مجال للخلط بين العمل القضائي والعمل التشريعي.

ومن الشائع أيضاً القول بأن عنصر القرار في الحكم، هو عمل إداري يضاف إلى المعاينة وهي وحدها التي يتكون منها العمل القضائي. وقد رأينا من قبل أن هذه الفكرة أطلقها جيز لحل المشاكل الناشئة عن التعريف الذي أعطاه هو للعمل القضائي. وقد أخذ ديجي بعد ذلك بنفس الفكرة. لأسباب مشابهة وهي تبرير ما يسمى بالوحدة المنطقية بين المعاينة والقرار. وكما يقول ديجي فإن "القرار بمفرده هو قرار إداري، وهذا ما يعترف به جيز"[٣].

والواقع أن هذه الفكرة، يمكن أن تكون مفيدة لإثبات إندماج العنصرين (المعاينة والقرار). أو انفصالهما. فهي غير مفيدة في شيء

---

(١) كاريه دي مالبير، مساهمة في نظرية الدولة، المرجع السباق، ص ٧٥٢.

(٢) جني، طريقة التفسير، المرجع السابق، جـ ١، الصفحات ٢٠٢ – ٢١٩؛ جـ ٢، الصفحات ٣٥، ٢٨٨، ٣٢٢، ٣٧٠.

(٣) ديجي، موسوعة القانون الدستوري، جـ ٢، ص ٤٤٣.

على الإطلاق. ومع ذلك فإن معظم الفقهاء يذكرونها، كما لو كانت من الأمور المسلم بها[١].

ولعل السبب في كل هذا الخلط في الفقه الفرنسي، أن فكرة إعتبار القضاء الإداري جزءاً من الإدارة لم تتغير منذ إنشاء هذا القضاء في بداية الثورة الفرنسية إلى يومنا هذا، ولا زال إجماع الفقه الإداري الفرنسي الحديث يعتبر القضاء الإداري لمجلس الدولة جزءاً من الإدارة، لا يتميز عن أجزائها الأخرى إلا بالإجراءات والضمانات التي تحيط بإصدار قراراته، التي تعتبر بدورها نوعاً من القرارات الإدارية[٢]. وكل ما يصدر عن الإدارة من قرارات، سواء ما يصدر عن الإدارة العامة، أو ما يصدر عن الإدارة القضائية يعتبر من قبيل القرارات الإدارية. غاية الأمر أن القرارات التي تصدر عن الإدارة العامة يمكن أن يطلق عليها إسم قرارات الإدارة النشطة، بينما القرارات التي تصدر عن الإدارة القضائية، يطلق عليها إسم القرارات الإدارية القضائية.

وبالنسبة لمصر فهناك وجه التساؤل الآن عما إذا كان القضاء الإداري في مصر أصبح جزءاً من السلطة القضائية بعد النص عليه في الدستور في الفصل الرابع من الباب الخامس الخاص بالسلطة القضائية، وبعد أن نصت المادة الأولى من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، المعدل بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤،

---

(١) أنظر المراجع العديدة في كتابنا، الإلتزام القضائي، ص ١٩٦، هامش ١٥٢.

(٢) أنظر المراجع العديدة في كتابنا، الإلتزام القضائي، ص ١٩٦، هامش ١٥٣؛ وكتابنا، النظرية العامة للقانون، ص ٥٢٠، هامش ١.

على أن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، أم أن هذه النصوص لا تغير شيئاً من انتماء مجلس الدولة إلى السلطة الإدارية؟[١].

وأياً ما كان الرأي بشأن طبيعة أحكام القضاء الإداري، في فرنسا أو في مصر، فإن ذلك لا ينبغي أن يكون له أي تأثير على طبيعة الحكم الصادر من محاكم السلطة القضائية، أو كما يقول الأستاذ روبييه، فإن كل المسائل التي أثارها أساتذة القانون العام. "تظل بدون معنى في القانون الخاص[٢]". فالحكم القضائي العادي لا يتضمن أي عنصر إداري.

ويلاحظ أن الفقهاء الذين يذهبون إلى أن عنصر القرار في الحكم القضائي، هو قرار إداري لا يهتمون إطلاقاً بشرح وجهة نظرهم، والفقيه الوحيد الذي يحاول شرح هذه الفكرة هو الأستاذ هبرو. فلنقرأ ما يقول: "الخصيصة الهامة في الحكم القضائي والتي تجعله نوعاً من القرار الإداري، هو أنه بدلاً من أن يستمد قوته من إرادة أصحاب الشأن أنفسهم، فإنه يصدر دائماً عن سلطة موظف عام، يمارس إختصاصه، وحجة الأستاذ هبرو لا تبدو مقنعة، لأنها تعني أن كل تصرف غير صادر عن إرادة خاصة، هو بالضرورة تصرف إداري. ولكن لماذا لا يكون عملاً تشريعياً أو قضائياً؟ ولكن الأستاذ هبرو يجيب على نفسه، فيقول "ولكن لا ينبغي أن ننسى أن هذا الشخص

---

(١) رغم ورود نص خاص بمجلس الدولة في الدستور في الفصل المتعلق بالسلطة القضائية إلا أن مجلس الدولة له قانون مستقل عن قانون السلطة القضائية. راجع في الموضوع، كتابنا النظرية العامة للقانون، فقرة ١٥٥، ص ٥١٥ وما بعدها.

(٢) روبييه، الحق والمراكز القانونية، المرجع السابق، ص ٢٩٦؛ في نفس المعنى لامبوي، فكرة العمل القضائي، مجلة القانون العام، ١٩٤٦، ص ٥٥ – ص ٥٦؛ سوليس وبيرو، القانون القضائي الخاص، المرجع السابق، ص ٤٢٦ – ص ٤٢٧.

العام، هو قاض، وأن سلطته في التصرف في الحقوق الخاصة، لا يمكن أن تكون إلا ممارسة لوظيفته القضائية، المتميزة عن الوظيفة الإدارية، بالمعنى الصحيح[١]" هذه هي الحقيقة الوحيدة، فيجب إذن تأكيد وحدة الحكم القضائي.

والحكم يتحلل إلى عنصرين: المعاينة والقرار، ولكنه لا يتكون من تصرفين متميزين. والحكم هو عمل قضائي خالص بالنسبة لعنصريه، ولا يتضمن أي عنصر إداري. وبصفة خاصة فليس من شأن السلطة التقديرية، أو الأثر المنشئ للحكم، أن يؤثر في طبيعته ويحوله إلى قرار إداري. فكل ذلك يتعلق بالعمل القضائي وحده.

ومن ناحية أخرى، فإن هؤلاء الذين يتعرفون على القرار الإداري في الحكم، يعيبهم أنهم يستخدمون فكرة لا يستطيعون هم إعطاء تعريف لها، وإلا فما هو القرار الإداري، وما هو معياره؟ هل هو معيار السلطة العامة أم معيار المرفق العام... الخ؟ وكما يقول الأستاذ دي لوبادير "نحن لازلنا في مرحلة البحث والتردد. وليس اليقين[٢]". وكما يقول الأستاذ فالين، فإن "القانون الإداري في تطور مستمر، كما لو كان لم يكمل نموه بعد"[٣]. والسؤال إذن هو كيف نكتشف في الحكم شيئاً لا نعرفه بعد، أو لا نعرفه بطريقة جيدة؟ ولا توجد إجابة على هذا السؤال.

والخلاصة هي أن الحكم الصادر من محاكم السلطة القضائية، هو عمل قضائي خالص، ولا يتضمن أي عنصر تشريعي أو إداري.

---

(١) هبرو، العمل القضائي، المرجع السابق، ص ١٤٤، هامش ٢.

(٢) دي لوبادير، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٤٩.

(٣) فالين، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ١٠٢.

٦٠- مصير نظرية العمل القضائي:

نظرية العمل القضائي لم تصل بعد إلى صيغتها النهائية أو منطوقها النهائي. ويعبر بعض الشراح عن "خيبة أملهم"، في كل المجهوات المبذولة في هذا الشأن[١]. واليوم فإن نظرية الإلتزام القضائي تأتي لتقدم عنصراً جديداً وحاسماً في المناقشات الدائرة حول العمل القضائي. وسيؤدي هذا العنصر الجديد إلى إبطال معظم النظريات السباق إعلانها في هذا الموضوع[٢]. والسبب في ذلك أن دعوى تعديل العقد لا تعتمد على حق موجود. بل أكثر من ذلك فهي موجهة ضد حق موجود ولكنه ظالم[٣]. والقاضي لا يؤكد حمايته لهذا الحق ولكنه يعدله طبقاً لما تستوجبه العدالة. والقاضي لا يقتصر على مجرد الكشف عن حق موجود من قبل ولكنه يخلق حقاً جديداً. وحكم القاضي ليس نتيجة منطقية للمعاينة، ولكنه نتيجة إدارية لحريته في التقدير.

وهكذا فإن الحكم ليس مجرد معاينة مزودة بقوة الحقيقة القانونية كما يقول جيز[٤]. والقرار ليس نتيجة ضرورية ومنطقية للمعاينة، في

---

(١) فالين، معيار التصرفات القضائية، مجلة القانون العام، ١٩٣٣، ص ٥٧٢.

(٢) نحن نقصد بالطبع نظريات المعيار المادي للعمل القضائي لأنه لم يحدث أي تغيير في الواقع بشأن شكل الحكم.

(٣) بعض الكتاب يأخذ بفكرة الدعوى المستقلة عن الحق، راجع ديجي، موسوعة القانون الدستوري، المرجع السابق، جـ ٢، ص ٤٣٣؛ هوريو ، عناصر المنازعة، مجموعة التشريعات، تولوز، ١٩٠٥، ص ٤١؛ روبييه ، الحق والمراكز القانونية، المرجع السابق، الصفحات ٧٤، ٢٩٦، ٢٩، ٢٩٨. ومع ذلك فإن أحد لم يتكلم من قبل عن دعوى موجهة ضد حق قائم.

(٤) جيز، العمل القضائي، المرجع السابق، الصفحات ٦٦٧ وما بعدها.

كل الأحوال كما يقول ديجي[١]. ولا يتعلق الأمر دائماً بحماية حق موجود كما يعتقد أرتور، وبونارد، وفيزيوز، وغيرهم[٢].

والواقع أنه لا طائل من محاولة العثور لدى أحد الفقهاء المعاصرين عن تعريف مرضٍ عن العمل القضائي. وينبغي أولاً أن نعترف بأن البناء الفني للعمل القضائي يعتمد على الفكرة العامة للوجود السائدة في بلد معين، ومن الواضح أن وظيفة القاضي في ألمانيا النازية أو في روسيا الشيوعية قبل إنهيار الاتحاد السوفيتي، لم تكن هي ذاتها وظيفة القاضي الفرنسي أو المصري. وسواء في فرنسا أم في مصر، فإن الفكرة العامة للوجود لا تقتضي غير شيء واحد هو العدالة.

وكلما فكرنا أكثر كلما زدنا إقتناعاً بالتحليل الأرسطي لوظيفة القاضي. وكما يقول الفيلسوف "عندما يحدث خلاف بين الناس. فإنهم يلجأون إلى القاضي. والذهاب إلى القاضي، هو ذهاب إلى العدالة، لأن القاضي، يريد أن يكون، إذا جاز التعبير تجسيداً للعدالة. وفي شخص القاضي يبحث الإنسان عن شخص ثالث غير متحيز، يسميه البعض حكماً.. وهو رجل العدل.. الذي يمسك بالميزان بين الطرفين"[٣]. هذا هو العمل القضائي. فالعنصر المميز للعمل القضائي هو الخلاف أو النزاع بين طرفين[٤]. وهذا هو المعيار المادي. هذا النزاع لابد أن

---

(١) ديجي، موسوعة القانون الدستوري، المرجع السابق، جـ ٢، ص ٤٤٣.

(٢) أرتو، الفصل بين السلطات والفصل بين الوظائف، مجلة القانون العام، ١٩٠٠، ص ٢٢٦، وص ٢٣٧؛ بونار، الفكرة المادية للوظيفة القضائية، المرجع السابق، الصفحات ٢٧ – ٢٩؛ الأفكار الأساسية للمرافعات والفقه الفرنسي للقانون العام، ١٩٣١، ص ٤٩.

(٣) أرسطو، الأخلاق، ٥، ٤، ٧-٨.

(٤) أوضح مارتي ورينو بجلاء أن النزاع يوجد فعلاً في كل نشاط قضائي، راجع، القانون المدني، جـ ١، ص ٣١٢.

يعرض أمام رجل العدل، وهذا هو المعيار الشكلي. والتصرف الصادر من هذا الشخص، لحل هذا النزاع، طبقاً للعدل الموجود في المصادر المختلفة للقانون الوضعي، أو لدى القاضي نفسه في حالة النقص في هذه المصادر. فهل يضع تحليل أرسطو حداً للمناقشات في هذا الموضوع؟ هذا ما نأمله.

٦١ـ مصير نظرية الحكم المنشئ:

أهم دراسة حديثة عن الحكم المنشئ، وهي دراسة الأستاذ رينو، تكشف إلى أي مدى ترتبط نظرية الحكم المنشئ بنظرية العمل القضائي. وهو يقول إن "السؤال الذي لا زال مطروحاً للمناقشة". هو معرفة ما إذا كان الأثر المنشئ للحكم يتصل بالعمل القضائي للقاضي، أم أنه يتصل بسلطة أخرى منوطة بالقاضي، قد تكون سلطة بريتورية أو إدارية[1].

لقد خصصنا الجزء الأكبر من هذا المبحث للإجابة على هذا السؤال. فلا توجد أدنى علاقة بين فكرة الحكم المنشئ، وفكرة السلطة البريتورية أو الإدارية. وقد رأينا من قبل، أنه في القانون الروماني كان الحكم الصادر من القاضي، وليس من البريتور، مجدداً ومنشئاً ومصدراً للإلتزام. والقانون الروماني نفسه لا يقيم أدنى علاقة بين الأثر المنشئ للحكم وبين السلطة السياسية للبريتور. ومسألة السلطة البريتورية تتعلق أساساً بمصادر القانون الوضعي.

وفي القانون الحديث، لم يعد هناك مجال للحديث عن السلطة البريتورية، لا بالنسبة للقاضي، ولا حتى بالنسبة للقضاء في

---

(١) بيير رينو، التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة، المرجع السابق، ص ٣٩٢، وأضف، الصفحات ٣٧٧، ٣٧٩، ٣٨٣، ٣٨٤.

مجموعه[١]. وفيما يتعلق بالسلطة الإدارية فقد سبق أن أكدنا وحدة الحكم القضائي الصادر من محاكم القضاء العادي. فالحكم لا يتضمن أي عنصر إداري. فهو عمل قضائي خالص في عنصريه: المعاينة والقرار. فلا السلطة التقديرية، ولا السلطة المنشئة يمكن أن تحوله إلى قرار إدراي[٢].

ولذلك فنحن لا نوافق على فكرة الأستاذ بوبيه، التي استعارها من بعض أساتذة القانون العام، والتي بمقتضاها يتحلل الحكم إلى عنصرين : معاينة كاشفة يتكون منها وحدها العمل القضائي، وقرار منشئ هو قرار إداري يضاف إلى العمل الأول القضائي، وقرار منشئ هو قرار إداري يضاف إلى العمل الأول القضائي. وهكذا فإن الحكم هو عمل مركب ومنشئ[٣]. ولا نستطيع أن نوافق أيضاً على التفرقة التي يقترحها الأستاذ ميرل، بين الحكم المرجح والحكم الآمر: الأول يتعلق بوظيفة القاضي القضائية، أما الثاني فيتعلق بوظيفته البريتورية[٤]. والواقع أن الأستاذ ميرل لم يكن موفقاً في الرجوع إلى القانون الروماني. ونحيل في هذا الشأن إلى ما سبق أن ذكرناه عن أحكام القانون الروماني.

وهكذا إذا نحينا جانباً مثل هذه الآراء، فلا يبقى إلا أن نؤكد أن الطبيعة القضائية للحكم، لا تتعارض مع فكرة الحكم المنشئ. وبالرغم

---

(١) راجع ما سبق، فقرة ٥٥.

(٢) راجع ما سبق، فقرة ٥٩.

(٣) بوبيه، مساهمة في دراسة فكرة السبب، والتصرف الكاشف، رسالة تولوز،١٩٤٧، ص ٤٦١، وما بعددها.

(٤) ميرل، مساهمة في النظرية العامة للتصرف الكاشف، رسالة تولوز، ١٩٤٨، ص ١١٢وما بعدها.

من أن الأحكام تكون في العادة كاشفة لحقوق موجودة من قبل، فإنه توجد مع ذلك أحكام أخرى منشئة للحقوق. ومعيار الحكم المنشئ للإلتزام، ينبغي البحث عنه في نشاط القاضي، وخاصة في سلطته التقديرية.

وبالرغم من أنه من غير اللازم أن تكون فكرة الحكم المنشئ للإلتزام، مطابقة للأحكام الصادرة في مسائل الحالة والأهلية. ومع ذلك فيبدو لنا من الصعب أن نعترف بحكم منشئ لا يعتمد على السلطة التقديرية لمن صدر منه، وهكذا فإنه بالنسبة لهذه الطائفة الأخيرة (أحكام الحالة والأهلية) ، حيث لا توجد سلطة تقديرية للقاضي، هناك مجال للتساؤل الجدي، عما إذا كانت هذه الأحكام منشئة فعلاً كما يعتقد البعض[1]، أم أن "فكرة الحكم المنشئ تم إستعمالها هنا فقط لمجرد حل بعض المشاكل الصعبة"، حسب تعبير الأستاذ إسمان[2]؟

والواقع أن نظريتنا عن الإلتزام القضائي لن تكون مشجعة على إعتبار مثل هذه الأحكام أحكاماً منشئة بالمعنى الصحيح.

ومع ذلك فإن نظريتنا عن الإلتزام القضائي، بعد أن استولت على فكرة الحكم المنشئ، أصبحت تؤدي لهذه الفكرة خدمة حيوية، وتنقذ حياتها في لحظة حرجة أصبح وجودها ذاته موضع تساؤل. والواضح أنه كان من التسرع من جانب البعض أن يتخذ موقفاً ضد فكرة الحكم

---

(1) مازو، التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة، المرجع السابق، ص ٢٤ وما بعدها؛ روبييه، الحق والمراكز القانونية، المرجع السابق، ص ٣٢٥، أنظر المراجع الأخرى المشار إليها في كتابنا، الإلتزام القضائي، ص ٢٠٠، هامش ١٧٤.

(2) إسمان، أثار قرارات العدالة على الإعتراف وخلق الحقوق، الرسالة السابق ذكرها، ص ٢٤٤؛ أنظر المراجع الأخرى العديدة المشار إليها في كتابنا، الإلتزام القضائي، ص ٢٠٠، هامش ١٧٥.

المنشئ في وقت يزيد فيه نشاط القاضي زيادة مستمرة. وفي هذا النشاط تكمن القوة المنشئة للحكم.

٦٢ـ آثار الحكم المنشئ للإلتزام:

مثل كل الإلتزامات الأخرى، فإن الإلتزام القضائي يخضع لقواعد النظرية العامة للإلتزام. مع ذلك فإن الإلتزام يظل متصلاً بمصدره، سواء في وجوده، أو في آثاره.

وهكذا فإن وجود الإلتزام القضائي يعتمد على وجود الحكم. والقواعد المتعلقة بإصدار الأحكام والطعن فيها، وهي التي تحكم مصير الإلتزام القضائي.

وفيما يتعلق بالآثار فإن الإلتزام القضائي يستفيد من الآثار الخاصة بالحكم، وخاصة حجية الشيء المحكوم به، والقوة التنفيذية وكذلك التقادم الثلاثيني في القانون الفرنسي دون القانون المصري. وفيما يتعلق بأثر الحكم في مواجهة الغير، فإن الحكم المنشئ لا يختلف عن الحكم الكاشف. فالمبدأ دائماً واحد هو نسبية أثر الحكم. وهذا هو المبدأ المقرر بالنسبة للعقد. والعقد وهو يحتل المركز الأول للتصرفات المنشئة، يخضع مع ذلك لمبدأ نسبية آثر العقد.

وفيما يتعلق بالتاريخ الذي تبدأ فيه آثار الإلتزام العقدي، فإنه تجب دائماً مراعاة أن الإلتزام يحل محل إلتزام عقدي سابق تم تعديله. وفي بعض الأحيان فإن التعديل لا يمكن تصوره إلا بالرجوع إلى تاريخ إبرام العقد. والأمر هنا يتوقف على مضمون التعديل.

ومن ناحية أخرى فإن توابع وتأمينات الإلتزام العقدي، لا تنقضي بالتجديد القضائي. وكان هذا هو نفس المبدأ بالنسبة للتجديد الضروري في القانون الروماني. وعلى العكس فإن الحكم يخلق أحياناً ضمانات

جديدة. ومع ذلك فإن التعديل الوارد في الحكم يمكن أن يلحق التوابع والتأمينات. فالقاضي يستطيع على سبيل المثال، أن يخفض سعر الفائدة. فكل شيء يتوقف على مضمون التعديل.

وبإختصار، نظراً لأن القاضي يتصرف في الإلتزام القديم، والإلتزام الجديد، فإن آثار الحكم المنشئ تكون متوقفة على ما يراه القاضي، في حدود النظرية العامة للحكم، والنظرية العامة للإلتزام.

٦٣- خلاصة المبحث الثاني:

الحكم المنشئ للإلتزام يعتمد على السلطة التقديرية للقاضي وهذه السلطة لا تشبه في شيء السلطة السياسية، أو البريتورية، أو الإدارية. وعلى العكس فإن السلطة التقديرية للقاضي تتفق تماماً مع وظيفته القضائية. ومن ناحية أخرى فإن القاضي لا يملك تعديل العقد بدون تفويض صريح من القانون في مصادره المختلفة؛ التشريع والقضاء.

٦٤- خاتمة عامة لنظرية الإلتزام القضائي:

من الناحية النظرية فإن القانون يقوم على العدل. ومن الناحية الفعلية، فإن فكرة العدل تؤثر تأثيراً بالغاً في تكوين القانون، سواء في مصر، أو في فرنسا.

والصياغة القانونية، ينبغي أن تكون، وهي فعلاً، في خدمة العدل والأخلاق المطلقة، فالعدل هو الذي يحدد متى ينبغي الإلتجاء إلى إحدى الوسائل الفنية للصياغة، ومتى يجب التخلص منها.

وهكذا إذا اقتصرنا على مجرد دراسة الوسائل الفنية للمشاكل القانونية، فإننا نخاطر بعدم رؤية كل الحقيقة، حتى تلك التي تتعلق بالوسائل الفنية ذاتها.

والواقع أن مشكلة تعديل القاضي للعقد، تعطي مثلاً واضحاً على إرتباط الصياغة وإعتمادها على الأخلاق، وفي دراستنا للمشكلة الأخلاقية للعقد، تبين لنا أن كل ما هو عقدي، هو إصطناعي. فالعقد لا يعدو أن يكون وسيلة فنية خاضعة للأخلاق. وهو لا يستمد قوته الملزمة من إرادة الأطراف، ولكن من إتفاقه مع العقل والعدل.

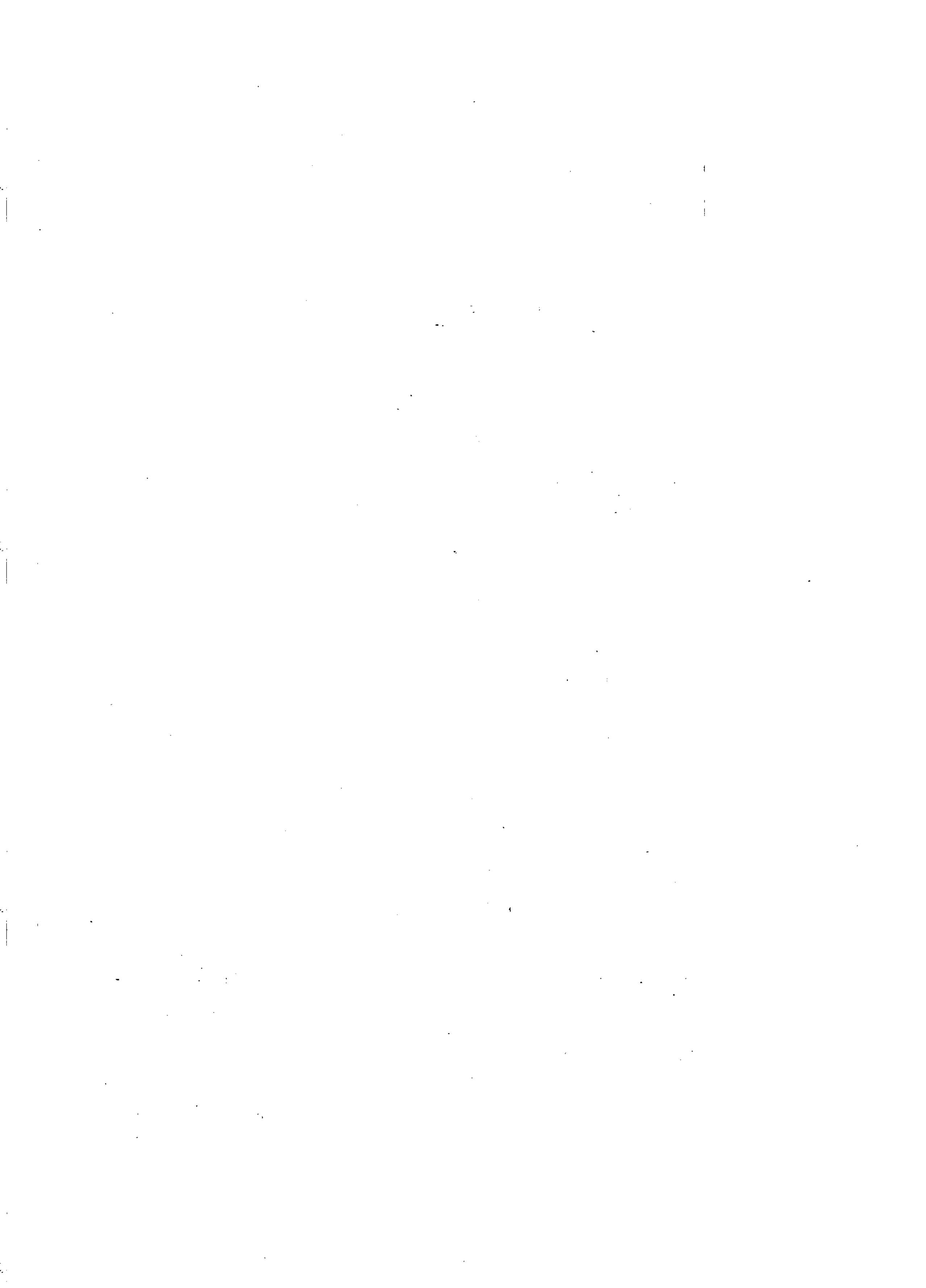
والعقد يقوم على قرينة مطابقته للعدل. ولكنه عدل مصطنع ومصنوع. ولكن إذا ابتعد العقد عن العقل، وتوافر الدليل القاطع المستمد من بعض الوظائف الملابسة لإبرام العقد أو الطارئة بعد إبرامه، على أن العقد أصبح يعبر عن الظلم بشكل واضح لا يقبل الشك، فإن القرينة في هذه الحالة تسقط وتتحول إلى حيلة. ومثل هذا العقد يفقد كل قوة أخلاقية له، ويصبح تعديله مبرراً. ولكن القول بذلك لا يتحقق من مجرد عدم التعادل الموضوعي في الإلتزامات المتقابلة، بل لابد أن يضاف إلى الغبن ظرف آخر يكشف عن الوجه التقبيح للعقد، ويجعل وجوده لا يطاق.

وعندما يضع القانون الوضعي نظاماً للتعديل الضروري، والآمر، والقضائي للعقد، فإنه لا يقيمه على إرادة المتعاقدين. لأن التعديل موجه في المقام الأول ضد هذه الإرادة التي تبين بوضوح أنها ظالمة.

وعندما يضع القانون نظاماً لتعديل العقد، فإنه يستبدل وسيلة فنية جديدة هي الحكم، بالوسيلة الفنية الأولى وهي العقد. والقانون يكلف القاضي بأن يحل إلتزاماً قضائياً جديداً أكثر إتفاقاً مع العدالة، محل الإلتزام العقدي الظالم، والقاضي يقوم بذلك بعمل من أعمال العدل يتفق تماماً مع وظيفته القضائية. ووظيفته القاضي الأساسية هي أن يحكم بالعدل، وأن يمسك بالميزان متساوياً بين الطرفين.

وبإختصار فإنه بتعديل الإلتزام العقدي، فإن القاضي يقضي على هذا الإلتزام، ويخلق بدلاً منه إلتزاماً جديداً. ويكون هذا الحكم مجدداً، ومنشئاً، ومصدراً للإلتزام.

هذا هو منطوق نظرية الإلتزام القضائي.



تعليق علي الطبعة الأولي للرسالة
بقلم العلامة الأستاذ الدكتور
إسماعيل إسماعيل غانم

(نشر هذا التعليق في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق جامعة عين شمس، في يناير عام ١٩٦٧)

الإلتزام القضائي

De l'obligation Judiciaire (L.G.D.J. Paris 1965)

تأليف الدكتور سمير تناغو

هذا الكتاب عبارة عن رسالة تقدم بها الدكتور سمير تناغو إلى جامعة باريس للحصول على درجة دكتوراة الدولة في القانون[١] ، وقد طبع هذا الكتاب في باريس عام ١٩٦٥ ضمن مجموعة مكتبة القانون الخاص[٢] ، وقدم له الأستاذ بيير رينو .

ويقع الكتاب في ٢٢٥ صفحة من الحجم المتوسط ، ويتكون بعد المقدمة من فصل تمهيدي ، وأربعة فصول.

وقد حرص المؤلف في المقدمة على إيضاح فكرته في الإلتزام القضائي ، وهي تتلخص في أن الحكم القضائي ، إذ يعدل في الإلتزام

---

(١) قدم الدكتور سمير تناغو ، وهو حالياً مدرس بقسم القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة الإسكندرية (وقت كتابة هذا البحث)، هذه الرسالة عندما كان عضو بعثة كلية الحقوق بجامعة عين شمس في باريس . وقد نوقشت بكلية القانون والعلوم الإقتصادية بجامعة باريس في ١٩ فبراير ١٩٦٤ ، أمام لجنة مكونة من الأساتذه بيير رينو رئيساً ، وجان كاربونييه وأندريه تنك عضوين ، ونال عليها صاحبها درجة دكتوراه الدولة بتقدير جيد جداً مع التزكية لتقديمها لمسابقة الرسائل وقد حازت الرسالة فعلاً جائزة Louis Milliot عن عام ١٩٦٥

(٢) Bibliothèque de Droit Privé T.LXIV.

العقدي ، يقضي على ذلك الإلتزام وينشئ إلتزاماً جديداً محله، أي أن الحكم القضائي المعدل للإلتزام العقدي يتضمن تجديداً جبرياً للإلتزام . وهو موضوع بحثه ، وبين الإلتزامات التي قد يفرضها القضاء بوصفه مصدراً من مصادر القانون ، وهذه إلتزامات قانونية.

وأخيراً أشار المؤلف إلي أن مشكلة تعديل القاضي للعقد ليست مشكلة فنية بحتة بل هي تتصل إتصالاً وثيقاً بالأخلاق ، فهي تثير البحث في القيمة الخلقية للعقد ، وفي صلة الوظيفة القضائية بالأخلاق . ومن هنا كان وصف البحث كله في عنوان الرسالة بأنه " دراسة خلقية وفنية في تعديل القاضي للعقد " ، ومن هنا أيضاً جاء تقسيم الرسالة إلي فصولها الخمسة . ففي الفصل التمهيدي وفي الفصل الأول عالج المؤلف الناحية الخلقية ، وفي الفصول الثلاثة الباقية عالج المؤلف الناحية الفنية.

فالفصل التمهيدي (ص ١١ ــ ٣١) يتناول " ملاحظات على العلاقة بين القانون والأخلاق " . والأخلاق عند المؤلف هي القانون الطبيعي . وهو يرى أنه لا يوجد أدنى تعارض بين الإتجاه الوضعي وبين الإنتصار لفكرة القانون الطبيعي ، بل هو يقرر على العكس أن جميع أنصار القانون الطبيعي وضعيون . وهو يقيم هذا النظر على أساس تحديده لمعنى الوضعية القانونية بأنها النظرية التي تسلم بضرورة الدولة ، بكافة العناصر المكونة لها ، بما في ذلك " السلطة " التي تحتكر لنفسها حق فرض أو إقرار قواعد السلوك الملزمة . وعلى هذا الأساس ، كان من اليسير على المؤلف أن يصف كبار فلاسفة القانون الطبيعي ، من أرسطو إلي كانت ، بل وبابوات الكنيسة الكاثولكية ، بأنهم "وضعيون" .

والقانون الوضعي عند المؤلف هو نتاج صراع متعدد الصور . وأهم هذه الصور إثنتان : صراع الطبقات وصراع الفلسفات . ويرى المؤلف أن الأفكار الفلسفية هي أكثر القوى فاعلية في تكوين القانون .

ويختتم المؤلف هذا الفصل التمهيدي بالبحث في الأساس الذي يقوم عليه القانون الوضعي في فرنسا ومصر . وينتهي من هذا البحث إلي أن أساس القانون الوضعي المصري هو التصوير الإسلامي للكون ، وأن أساس القانون الوضعي الفرنسي هو التصوير اليوناني الروماني المسيحي ، وأن كلاً من التصويرين يقر بوجود أخلاق طبيعية وبفكرة العدالة .

وفي الفصل الأول (ص ٣٢ ــ ٨٢) يتناول المؤلف ماسماه " المشكلة الخلقية للعقد" ، وهي تنحصر في التساؤل عما إذا كان للعقد قيمة مطلقة أم هو مجرد أداة لتحقيق هدف معين ، بحيث إذا لم يكن صالحاً لتحقيقه وجب أن يستبدل بالعقد أداة أخرى . وقد تناول المؤلف هذه المشكلة في المذاهب الفلسفية المختلفة، مقسماً ذلك الفصل إلي مبحثين : الأول في المذاهب الفلسفية إلي فلسفة كانت ، والثاني في المذاهب الفلسفية بعد كانت ، فدرس في المبحث الأول " المشكلة الخلقية للعقد" لدى أفلاطون ، وأرسطو ، وتوماس الأكويني ، وديكارت ، وباسكال ، وهوبز ، ولوك ، وروسو ، وكانت . وتناول في المبحث الثاني نفس المشكلة في فلسفة الفكرة (هيجل) ، وفي فلسفة المادة ، حيث جمع بين المادية الجدلية (ماركس وإنجلز) والوضعية الفلسفية (أوجست كونت ، ديجي ، كلسن) ، وفي فلسفة اللامعقول (نيتشه) ، وفي فلسفة الحياة (برجسون ، تيار دى شاردان) ، وفي فلسفة الظواهر (فينومنولوجيا) لدى (ماكس شيلر) ، وفي

الوجودية الملحدة (سارتر) أو الوجودية المؤمنة (جابرييل مارسييل ، جاسبرز) ، وفي الفلسفة التوماوية كما تتجلى في تعاليم الكنيسة الكاثولكية ، وأخيراً في دراسات علم الإجتماع (دير كايم ، موس ، جيرفيتش) .

وانتهى المؤلف في هذا الفصل إلي أن جميع أنصار فكرة القانون الطبيعي ، بما في ذلك أنصار فكرة العقد الإجتماعي وكذلك كانت ، يتفقون في إخضاع الإرادة للأخلاق الطبيعية ، وأن أعداء فكرة القانون الطبيعي هم وحدهم الذين يتصور أن يكونوا إراديين ، ولكنهم على أية حال لا يسلمون للعقد بقيمة مطلقة تفرضها الأخلاق الطبيعية ، حيث لا وجود لهذه الأخلاق عندهم . وينتهي المؤلف من ذلك ، وهو من أنصار القانون الطبيعي ، إلي أن كل ما هو عقدي إنما هو صناعي ، وأن العقد ليس إلا أداة في خدمة الأخلاق ويجب أن يخضع لها ، فالعقد ليس إلا مجرد قرينة على العدالة ، قرينة بسيطة يمكن إستبعادها طبقاً لضرورات العقل، فيستبدل بالعقد ، إذا اقتضت ذلك هذه الضرورات في حالة واقعة، أداة أخرى أكثر صلاحية في تحقيق العدالة ، وهذه الأداة الأخرى قد تكون حكم القاضي .

أما الفصول الثلاثة الباقية ، فقد خصصها المؤلف لدراسة الناحية الفنية في مشكلة تعديل القاضي للعقد ، وهي تتلخص في أن الحكم القضائي المعدل للإلتزام العقدي يتضمن تجديداً جبرياً للإلتزام .

وقد بدأ المؤلف في الفصل الثاني (ص ٨٣ ــ ١٢٥) بدراسة النظم القانونية التي لا شأن لها بموضوع تعديل القاضي للعقد ، والتي استعين فيها بفكرة التجديد الجبري . وهذه النظم تدور حول أثر النزاع على الحق : فدرس في مبحث أول فكرة التجديد الجبري في القانون

الروماني وصداها في القانون الحديث. ودرس في مبحث ثـان فكـرة التجديد الجبري في نطاق المسئولية المدنية في القانون الحـديث: أولاً في المسئولية العقدية ، عارضاً النظريات المختلفـة التـي تـرى أن المسئولية العقدية مصدر لإلتزام جديد يحل محل الإلتزام الناشئ عـن العقد ، وقضاء محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن . وثانيـاً فـي المسئولية التقصيرية حيث يذهب إلي القضاء الفرنسي يتعارض مـع كافة النظريات التي تقول بوحدة الإلتزام في المسئولية التقـصيرية ، وأن هذا القضاء صريح في أن حكم القاضي بالتعويض ينشئ إلتزامـاً جديداً بدفع مبلغ التعويض الذي حدده القاضي ، ويحل هـذا الإلتـزام الجديد محل الإلتزام بإصلاح الضرر الذي نشأ من وقت وقوع الضرر .على أن المؤلف لم يعرض لهذه النظريات المختلفـة ـ سـواء فـي القانون الروماني أو في القانون الحديث ـ التي تستعين بفكرة التجديد الجبري ، إلا لكى يرفضها: فالمنازعة في الحق ، أو حمايته ، لا تمس وجود الحق . وينتهي المؤلف ، مستعيناً بالتحليل الثنائي للإلتزام إلـي عنصري المديونية والمسئولية ، إلي رفض جميع النظريات الرومانية والحديثة التي تقول بالتجديد الجبري ، والتي تدور جميعاً حـول أثـر النزاع على الحق ، وعلى العكس يرى المؤلـف أن فكـرة التجديـد الجبري مقبولة ، بل ولا يمكن الإستغناء عنها ، إذا ما عـدل الحكـم القضائي الإلتزام العقدي . وهذا هو موضوع الفصل الثالث .

وقد أعطى المؤلف لهذا الفصل الثالث (ص ١٢٧- ١٦١) عنواناً معبراً هو " الحكم القضائي مصدراً للإلتزام " ، وقسمه إلي مبحثـين : تناول في المبحث الأول دراسة " التعديل المنشئ للإلتزام القضائي " ، حيث فرق المؤلف بين تعديل العقد ، وبين تفسيره وتكميله وإنقاصـه

وتكييفه وتحوله . كما عرض المؤلف للبحث في صلة موضوع تعديل العقد بنظرية السبب، وانتهى إلي نفي هذه الصلة . . ثم فرق بين تعديل العقد تعديلاً جبرياً وبين تعديله بإرادة الطرفين ، كما أوضح أن التعديل الجبري لا يبرر الفسخ . وأخيراً فرق بين التعديل الآمر و" التعديل التفسيري " مبيناً أن التجديد الجبري إنما يتحقق في الأول دون الثاني .

وفي المبحث الثاني تناول المؤلف " فكرة الحكم المنشئ للإلتزام بإعتبارها هي التصوير الفني لتعديل القاضي للعقد . فعرض المؤلف بالتحليل لفكرة التجديد الجبري ، مبيناً أن التجديد فيها هو أساساً تجديد بتغيير السبب . كما فرق المؤلف بين التجديد التشريعي والتجديد القضائي ، مبيناً أن التجديد القضائي لا يتحقق إلا حيث تكون للقاضي سلطة تقديرية في تعديل العقد ، وذلك لا يكون إلا إذا كانت القاعدة التشريعية التي تقضي بالتعديل قاعدة مرنة لا قاعدة جامدة ، وقد عرض المؤلف في هذا الصدد لفكرة المعايير أو الموجهات العامة ، مبيناً أنه لا يجوز المقابلة بين المعيار والقاعدة ، وأن المعيار ليس إلا صياغة مرنة للقاعدة .

وفي الفصل الرابع والأخير (ص ١٦٤- ٢٠٣) تناول المؤلف " تطبيقات الحكم المنشئ للإلتزام وتحليله وآثاره " . فخصص مبحثاً أول لدراسة التطبيقات ، حيث عرض لفكرة الغبن بمعناها الواسع ، أى بمعنى إختلال التوازن بين الأداءات ، بإعتبارها هي الفكرة الجوهرية التي تنتهي إليها جميع الحالات التي يكون للقاضي فيها سلطة تعديل العقد . ثم عرض المؤلف لهذه الحالات ، فقسمها إلي نوعين : الغبن المعاصر لإنعقاد العقد ، والغبن اللاحق . فبحث النوع الأول في

مطلب أول ، حيث عرض للإستغلال طبقاً للماده ١٢٩ مـن التقنين المصري ، وإلتزامات القاصر التي تتجاوز الحد طبقاً للمادة ٨٨٤ من التقنين الفرنسي ، وعقود أصحاب المهن الحرة ، وعقود الإذعان ، والشرط الجزائي ، والمساعدة والإنقاذ البحري طبقاً لإتفاقية بروكسل سنة ١٩١٠ المطبقة في فرنسا ومصر.

وفي المطلب الثاني المخصص للغبن اللاحق ، عـرض المؤلف لنظرية الظروف الطارئة ، ولنظرة الميسرة، وانتهى المؤلف في ختام هذا المبحث الأول إلي أنه في جميع هذه الحالات ، يحل القاضي محل الإلتزام العقدي غير العادل إلتزاماً قضائياً جديداً أكثر إتفاقاً مع العقل والأخلاق .

وفي المبحث الثاني تناول المؤلف " تحليل الحكم المنشئ للإلتـزام وآثاره " ففيما يتعلق بالتحليل (ص ١٨٣- ٢٠٢) إنتهى المؤلف إلي أن الحكم ينشئ الإلتزام طبقاً للسلطة التقديريـة المخولـة صـراحة للقاضي ، إما بنص التشريع وإما طبقاً لما استقر عليه القضاء بوصف كونه مصدراً للقانون . وقد عرض المؤلف في هذا الصدد لمشكلة النقص في التشريع المكتوب ، وأوضح أن حكم القاضـي ، إذ ينـشئ الإلتزام ، لا ينشئ قاعدة قانونية ، بل هو يأتي بحل قـانوني . كما حرص المؤلف على التمييز بين الحكم القضائي وبين القضاء كمصدر للقانون ، والتنويه بأن منح القاضي سلطة تعديل العقد لا يتضمن منحه سلطة "بريتورية" أو إنشاء " حكومة القضاة " . وعـرض المؤلف أخيراً بالتحليل لفكرة السلطة التقديرية ثم السلطة الإنشائية ، ولم ير في أى منهما ما يتعارض مع طبيعـة العمـل القـضائي ، أو مايجعلها

خصيصة قاصرة على العمل الإداري، وينتهي المؤلف من ذلك إلي أن الحكم القضائي وحده ، لا يتضمن أى عنصر تشريعي أو إداري

وفيما يتعلق بآثار الحكم المنشئ للإلتزام ، إكتفى المؤلف بعرض موجز (ص ٢٠١- ٢٠٢) بين فيه أن الإلتزام القضائي يخضع للقواعد العامة للإلتزامات ، ولكنه يرتبط بمصدره وهو الحكم القضائي سواء في وجوده أو آثاره .

هذا عرض موجز لما تتضمنه هذه الرسالة من بحث جاد وفكر أصيل .

وقد لا يتفق القارئ مع المؤلف في القليل أو الكثير من الآراء والنتائج التي انتهى إليها . قد لا يتفق معه مثلاً في تحديده لمعنى الوضعية القانونية (فقرة ٩) إذ يجعل معيارها الوحيد التسليم بضرورة الدولة ، مما أدى به إلي أن يصف الأغلبية العظمى من المذاهب الفلسفية بالوضعية ، بما في ذلك جميع مذاهب القانون الطبيعي . أما المذاهب غير الوضعية فتكاد تقتصر عنده على الماركسية والفوضوية . وقد لا يتفق القارئ مع المؤلف إذ يقيم قاعدة القوة الملزمة للعقد أساس أن العقد قرينة على العدالة (فقرة ٣٥ و فقرة ٥٧) أى أن هناك قرينة على أن ما يرتضيه الطرفان يحقق العدالة بينهما، فقد يرى القارئ أن أساس القوة الملزمة للعقد ليس مجرد إعتبارات خلقية تتصل بمبادئ العدالة والقانون الطبيعي ، بل هي أصلاً إعتبارات واقعية تتصل بحاجات المجتمع ، فضرورات الإنتاج والتوزيع تقتضي إبرام العقود ، وضرورة الإستقرار في التعامل وما يولده التعاقد من ثقة تقتضي أن يلزم العاقد بتعاقده .

بل قد لا يتفق القارئ مع المؤلف في فكرته الجوهرية في التجديد الجبري للإلتزام ، في أن الحكم القضائي المعدل للإلتزام العقدي يقضي على هذا الإلتزام وينشئ إلتزاماً جديداً يختلف عنه في مصدره . فقد يرى القارئ أن هذه الفكرة إنما تقوم على أساس تصور العقد إرادة خالصة ، بحيث لا يعتبر إلتزاماً عقدياً إلا الإلتزام الذي انصرفت اليه ارادة الطرفين . وهو تصور مضيق لفكرة العقد ، لعله لا زال متأثراً بالصورة التي صاغها له المذهب الفردي ونظرية سلطان الإرادة .

وقد يرى القارئ أن المؤلف لم يول المبحث الأخير من الرسالة ، الذي خصصه لتحليل الحكم المنشئ للإلتزام وأثره ، عناية كافية . فقد أدى به تحليل الحكم المنشئ إلي دراسات عدة ، في نقص التشريع المكتوب ، والفصل بين السلطات ، والقضاء كمصدر للقانون ، وطبيعة العمل القضائي ، وهي موضوعات أخطر من أن يستوفى بحثها بتقريرات جازمة سريعة . أما آثار الحكم المنشئ للإلتزام ، فقد اكتفي المؤلف في دراستها بصفحة واحدة (فقرة ٩٨) لا تكاد تشفي غليلاً . وعلى العكس ، فقد خصص المؤلف الفصل الثاني بأكمله (ص ٨٣- ١٢٥) لدراسة نظم قانونية ، في القانون الروماني والقانون الحديث ، لا شأن لها بالموضوع الأصلي للرسالة وهو تعديل القاضي للعقد ، لمجرد أنه قد استعين فيها بفكرة التجديد الجبري ، وانتهى من بحثه إلي رفض فكرة التجديد الجبري فيها . وقد كان الأولى أن يوجه بعض الجهد الذي بذله في هذا الفصل إلي المبحث الأخير الخاص بتحليل الحكم المنشئ وآثاره ، فمسائله من صميم موضوع الرسالة ، وكانت تحتاج إلي المزيد من الدراسة .

قد يوجه القارئ هذه الإنتقادات أو غيرها ، وقد يختلف في هــذه المواضع أو أكثر منها . ولكن الأمر الذي لا يحتمل خلافاً هو أن هذه الرسالة تمثل طرازاً نادراً بين رسائل الدكتوراة التي يقدمها شــباب الفقه المصري .

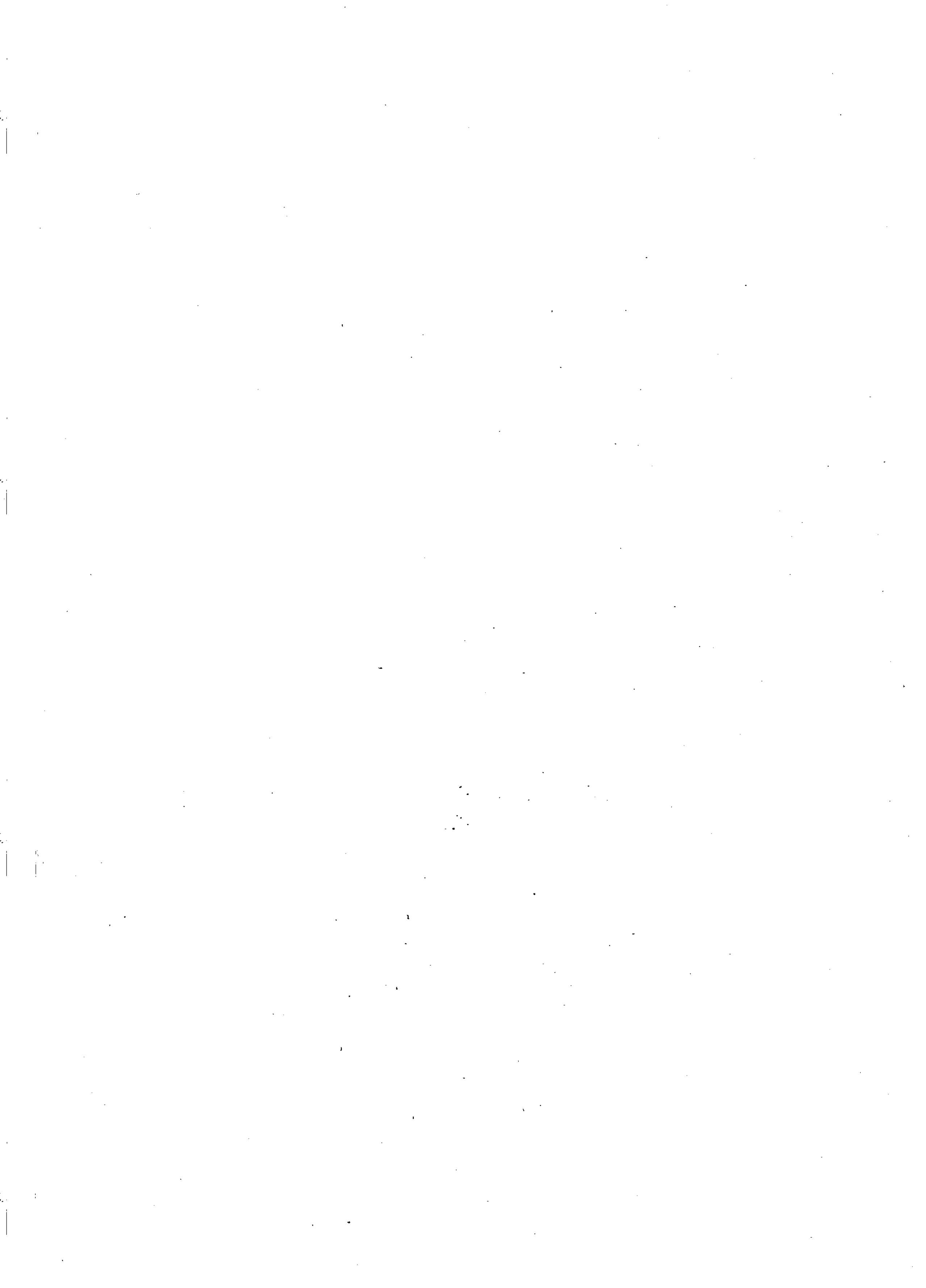
طراز نادر أولاً في توغله في مجالات فلــسفة القــانون ، وهــي مجالات قل أن يطرقها رجال القانون في مصر . والــصفحات التــي خصصها المؤلف لدراسة موقف المذاهب الفلسفية المختلفــة ، مــن أفلاطون إلي سارتر ، من علاقة العقد بالأخلاق، تنم عن سعة آفاقــه الثقافية ، وتتميز بوضوح نادر . وهو ليس وضوح العمل السطحي ، بل هو وضوح العرض الذي لا يتأتى للكاتب إلا بعد وضوح الفكــرة نتيجة لبحث طويل وتأمل جاد.

وهذه الرسالة تمثل طرازاً نادراً ، من ناحية ثانية ، في أن المؤلف قد استطاع أن يسيطر على مادة بحثه ، على إتساعها وتنوعها بــين فلسفية وفنية، لكي يخلص منها بكتاب له الحق -كل الحق- فــي أن ينسب اليه . فالمؤلف لم ينقل سطراً من هنا وجملة من هناك لكــي يحبر صفحة بعد صفحة يجمع فيها ذلك الشتات ، بل لقد كتب كتابــه بفكره قبل أن يسطره بقلمه .

....

إسماعيل غانم

فهرس الكتاب



فهرس الكتاب

contractuelle, étant donné que la volonté est moralement admise pour jouer un rôle important dans la détermination de la justice commutative, le déséquilibre objectif ne saurait à lui seul justifier la condamnation morale du contrat. Ainsi, pour aménager le problème technique de la lésion, le droit positif fait appel à des concepts additionnels s'ajoutant au concept principal de déséquilibre contractuel et permettant d'en tirer une condamnation morale du contrat. Il s'agit toujours d'une addition des concepts, une opération comparable à celles de la substitution, et de l'élimination des concepts.

Parmi les concepts additionnels auxquels recourent le droit positif égyptien et le droit civil français, nous avons rencontré ceux de l'exploitation, de la minorité, de l'adhésion, de la nature professionnelle de certains contrats, du forfait dans la clause pénale, du risque dans le sauvetage maritime, et de l'imprévision.

8. Par là, je crois avoir dit l'essentiel sur la théorie de l'obligation judiciaire. Au point de vue moral comme au point de vue technique (Les deux points ne sont pas séparables), la révision du contrat par le juge signifie que le juge substitue à une obligation contractuelle injuste, une nouvelle obligation judiciaire plus conforme à la justice.

Cette idée simple me paraît évidente et irréfutable. Il s'agit d'une chose concevable, très claire et distincte.

9. Et, avant de terminer, je ne trouve pas téméraire de dire, que pendant la préparation de cette thèse, j'ai connu ce qu'appelle Max Weber, l'expérience « Vécue » de la science, c'est-à-dire la satisfaction de se dire : Cette fois, jai accompli quelque chose qui durera.

modifiant le droit, en dépassant ses éléments, que l'on peut parler de la novation nécessaire de celui-ci. Et il en est ainsi pour le cas de la révision du contrat par le juge. Mais il ne faut pas perdre de vue que l'élément nouveau dans la novation créatrice de l'obligation judiciaire, qui caractérise toute l'opération et en fait une opération nécessaire, c'est la source nouvelle de l'obligation, à savoir la volonté discrétionnaire du juge.

6. Ainsi, le critère du jugement constitutif de l'obligation, c'est le pouvoir discrétionnaire du juge. Ce pouvoir doit être délégué expressément à celui-ci par les différentes sources du droit positif, la loi et la jurisprudence. Ainsi, le pouvoir créateur du jugement sera dépendant, dans une certaine mesure, du pouvoir créateur de la jurisprudence. En effet, une bonne théorie ne saurait négliger l'interdépendance entre l'acte juridictionnel et la jurisprudence, celle-ci étant source du droit positif. En effet, si l'on admet la lacune dans la loi écrite, et si l'on comprend le principe de la séparation des pouvoirs selon l'idée d'Aristote réaffirmée par Locke, et non pas sérieusement contestée par Montesquieu, comme un principe de collaboration des pouvoirs, il n'y aura aucune difficulté théorique à admettre la jurisprudence comme source de droit positif. Au point de vue pratique, et selon l'expression du Doyen Maury, « le fait jurisprudentiel est aujourd'hui unanimement reconnu ». L'expression du fait jurisprudentiel m'intéresse beaucoup, car elle exprime l'idée de « l'être du devoir-être jurisprudentiel », et cela explique de plus l'idée déjà exposée sur les sciences normatives.

Cependant, la reconnaissance de la jurisprudence comme source du droit objectif n'aboutit point à l'idée du gouvernement, ni du pouvoir prétorien du juge. D'ailleurs, le pouvoir discrétionnaire et créateur du juge n'aboutit pas à transformer le jugement en acte administratif. Le pouvoir discrétionnaire n'est pas une exclusivité de l'acte administratif, et le pouvoir créateur n'en est même pas une particularité. Plus l'acte est créateur, moins il est administratif. Ainsi, il faut affirmer l'unité du jugement. Il s'agit toujours d'un acte purement juridictionnel. L'acte juridictionnel est celui selon lequel « un homme du juste maintient la balance égale entre deux parties », selon les termes du Philosophe.

7. Les applications de la théorie de l'obligation judiciaire peuvent être soumises toutes à une idée unique : celle de la lésion lato-sensu. La lésion consiste principalement dans le déséquilibre objectif des prestations réciproques. La preuve en est que la réparation de la lésion consiste toujours dans une réparation objective. Cependant, étant donné que moralement parlant la lésion dans le contrat est synonyme de l'injustice

théorie de la loi injuste. Et il faut établir dans chaque Etat une procédure de révision et de modification des lois.

4. Comme la loi, le contrat est une sorte de convention. La justice contractuelle est toujours conventionnelle, artificielle, et nécessairement imparfaite. La force morale du contrat repose sur une présomption de justice. Or, comme le dit le Philosophe, « personne ne subit l'injustice volontairement ». Cependant, le contrat n'est pas la justice en soi. Or, selon la théorie morale de l'autonomie de la volonté, la volonté contractuelle manifeste toujours une hétéronomie et non pas une autonomie de la volonté. Ainsi, Kant fait soumettre la volonté contractuelle à la volonté législatrice universelle, la source de l'impératif catégorique et de la morale. Ici encore, l'identification du contrat et de la morale aboutirait à l'injustice et à l'arbitraire. En effet, de même qu'il y a des lois injustes, il y a des contrats injustes qui contredisent la morale et la raison. En réalité, l'excès de volontarisme n'aboutit point à la protection de la volonté. Tout au contraire, il aboutit nécessairement à la volonté de puissance et à l'effacement complet de la volonté et du contrat.

Ainsi, il nous paraît légitime, sinon nécessaire, d'établir dans chaque Etat, à côté du principe du contrat et de la force obligatoire du contrat, un autre principe, celui de la révision des contrats injustes et lésionnaires. Et il sera clair que la révision ne se fonde pas sur la volonté des contractants, car elle est spécialement dressée contre cette volonté jugée injuste. Il s'agira, en effet, de la substitution à la technique contractuelle d'une nouvelle technique qui sera législative ou judiciaire. Et dans le cadre de notre étude, toute révision, nécessaire, impérative et judiciaire du contrat fait naître une nouvelle obligation : c'est l'obligation judiciaire.

5. La formule de la théorie de l'obligation judiciaire s'énonce ainsi : en révisant une obligation contractuelle, le jugement éteint celle-ci, et en fait naître une nouvelle. Ce jugement est novateur, constitutif et source d'obligation. Ainsi, tout le mécanisme de la théorie de l'obligation judiciaire repose sur l'idée de la novation nécessaire d'une obligation contractuelle. En étudiant l'influence du litige sur le droit, on constate que, selon le droit romain et selon des théories modernes, doctrinales et jurisprudentielles en matière de responsabilité civile, contractuelle et délictuelle, le litige éteint le droit et en fait naître un nouveau. La novation nécessaire du droit litigieux a été conçue dans toutes les phases du litige : la contestation du droit, la mise en demeure, la demande en justice, la litis contestatio, et le jugement. Cependant, à notre avis, il faut garder la technique de la novation nécessaire à ses justes limites. Ni la contestation du droit, ni sa protection n'en crée un nouveau. C'est seulement en

fique. Cependant, il s'agit d'un rationalisme scientifique dans le sens large du mot. Car, il faut admettre l'idée des sciences normatives. Il faut admettre l'être du devoir-être. La norme est elle-même un objet de la connaissance, un objet de vérité soumis aux principes de la connaissance et surtout au principe suprême, celui de Raison.

D'ailleurs, il faut reconnaître l'être de la morale pratique dans une société limitée dans le temps et dans l'espace. Par là, on peut aboutir à la réconciliation entre moralistes et sociologues. Mais il est juste de constater que ce sont les sociologues qui ont déclenché l'attaque contre les moralistes et que ce sont eux-mêmes qui reviennent aujourd'hui demander la réconciliation.

D'autre part, il faut s'écarter de la fausse querelle entre jusnaturalistes et positivistes. En réalité, le positivisme juridique est une conséququence nécessaire de jusnaturalisme. Le droit positif repose sur un donné moral, sur un impératif catégorique de la raison : celui d'établir l'ordre et de rendre la justice. Il en va ainsi pour tous les jusnaturalistes, qu'ils soient doctrinaires du contrat social ou non. Le contrat social chez ses auteurs, Platon, Hobbes, Locke, et J. — J. Rousseau, c'est le contrat rationnel et non pas le contrat volontaire. Ainsi, Kant fait fonder l'Etat, parfois sur un impératif catégorique et parfois sur le contract social. Il s'agit toujours d'une et même chose.

3. Mais il est bien nécessaire de faire appel à des volontés humaines passagères pour réaliser la justice sur la terre. Cependant, la volonté n'est pas la justice. Tout ce qui est conventionnel est artificiel. La loi est une sorte de convention et il en va de même pour le contrat. L'homme passager, le législateur ne constitue pas la source de la morale. Toutes les doctrines absolutistes sont nées, en effet, de l'identification de la morale et du droit. Qu'il s'agisse de l'idée de la raison du Common Wealth chez Hobbes, ou de l'identité du réel et du rationnel chez Hegel, ou de la morale des maîtres et des chefs chez Nietzsche, le résultat est toujours le même.

Le droit devient la morale, devient l'absolu, et personne ne saurait être admise à en discuter la valeur. En revanche, les jusnaturalistes distinguent entre la justice en soi et la justice conventionnelle. La justice de la loi est une justice conventionnelle, artificielle, et nécessairement imparfaite. Et même dans l'hypothèse extrême, conçue seulement au point de vue théorique, celle de l'identité du contenu du droit et de la morale, la distinction entre les deux n'en reste pas moins claire. Il s'agit toujours d'une différence qui remonte à la source même. D'autre part, le droit positif s'écarte quelquefois de la morale. Ainsi, il faut admettre la

DISCOURS DE L'OBLIGATION JUDICIAIRE (*)

Par

SAMIR TANAGHO

Chargé de Cours à la Faculté de Droit d'Alexandrie

1. Il est très difficile, pour un esprit non dogmatique, de soutenir une thèse, une théorie, ou une formule. Cependant, cela n'est pas tout à fait impossible, car la répugnance au dogmatisme ne doit pas ouvrir le chemin à son antithèse, le scepticisme.

Dogmatisme et scepticisme sont deux positions à rejeter.

D'ailleurs, je ne crois pas beaucoup à cette négation dialectique ou empirique de toute stabilité dans le conceptuel comme dans le réel. Car, comme le remarque fort justement Max Scheller, la négation érigée en absolu risque de devenir elle même une stabilité et un dogmatisme.

En effet, la voie sur laquelle je m'engage est celle de la Raison. Il est faux de prendre le rationalisme comme synonyme du dogmatisme. Or, tout le monde sait qque Descartes, l'un des plus éminents rationalistes de l'histoire, a bâti tout son système sur le doute. Mais, à l'encontre de ceux qui « ne doutent que pour douter », Descartes doute, dit-il, « pour trouver le roc ou l'argile ». Ainsi, au nom du rationalisme et spécialement au nom de la méthode cartésienne, je viens aujourd'hui confirmer la thèse de l'obligation judiciaire. Selon la première règle de la méthode cartésienne, « Les choses que nous concevons fort clairement et fort distinctement sont toutes vraies ». A mon avis, la thèse de l'obligation judiciaire est l'une de ces choses que l'on conçoit fort clairement et fort distinctement.

2. La thèse de l'obligation judiciaire est le résultat d'une étude morale et technique du problème de la révision du contrat par le juge. En effet, le rationalisme auquel je m'attache est à la fois moral et scienti-

---

(*) Voir Samir Tanagho, De l'obligation judiciaire, Collection « Bibliothèque de Droit Prive ».
L.G.D.J. Paris, 1965.
Convaincu encore de sa thèse, l'auteur en fait ce discours.

SAMIR TANAGHO
Chargé de Cours à la Faculté de Droit d'Alexandrie

DISCOURS DE L'OBLIGATION JUDICIAIRE

Extrait de la Revue Al-Ulum Al-Qanuniya Wal-Iqtisadiya
No. 2 8ème Année, Juillet 1966

Deuxième Section

L'ANALYSE ET LES EFFETS
DU JUGEMENT CONSTITUTIF D'OBLIGATION

Deuxième Section

LA NOTION DE JUGEMENT CONSTITUTIF D'OBLIGATION

CHAPITRE IV

LES APPLICATIONS, L'ANALYSE ET LES EFFETS DU JUGEMENT CONSTITUTIF D'OBLIGATION

Première Section

LES APPLICATIONS DU JUGEMENT CONSTITUTIF DE L'OBLIGATION EN FRANCE ET EN EGYPTE

Sous-Section I

Sous-Section II

Deuxième Section

LA NOVATION NÉCESSAIRE EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ CIVILE EN DROIT MODERNE

Sous-Section I

Sous-Section II

CHAPITRE III

LE JUGEMENT SOURCE D'OBLIGATION

Première Section

LA RÉVISION CRÉATRICE DE L'OBLIGATION JUDICIAIRE

21 — Le problème moral du contrat chez Descartes 44

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Chapitre Préliminaire

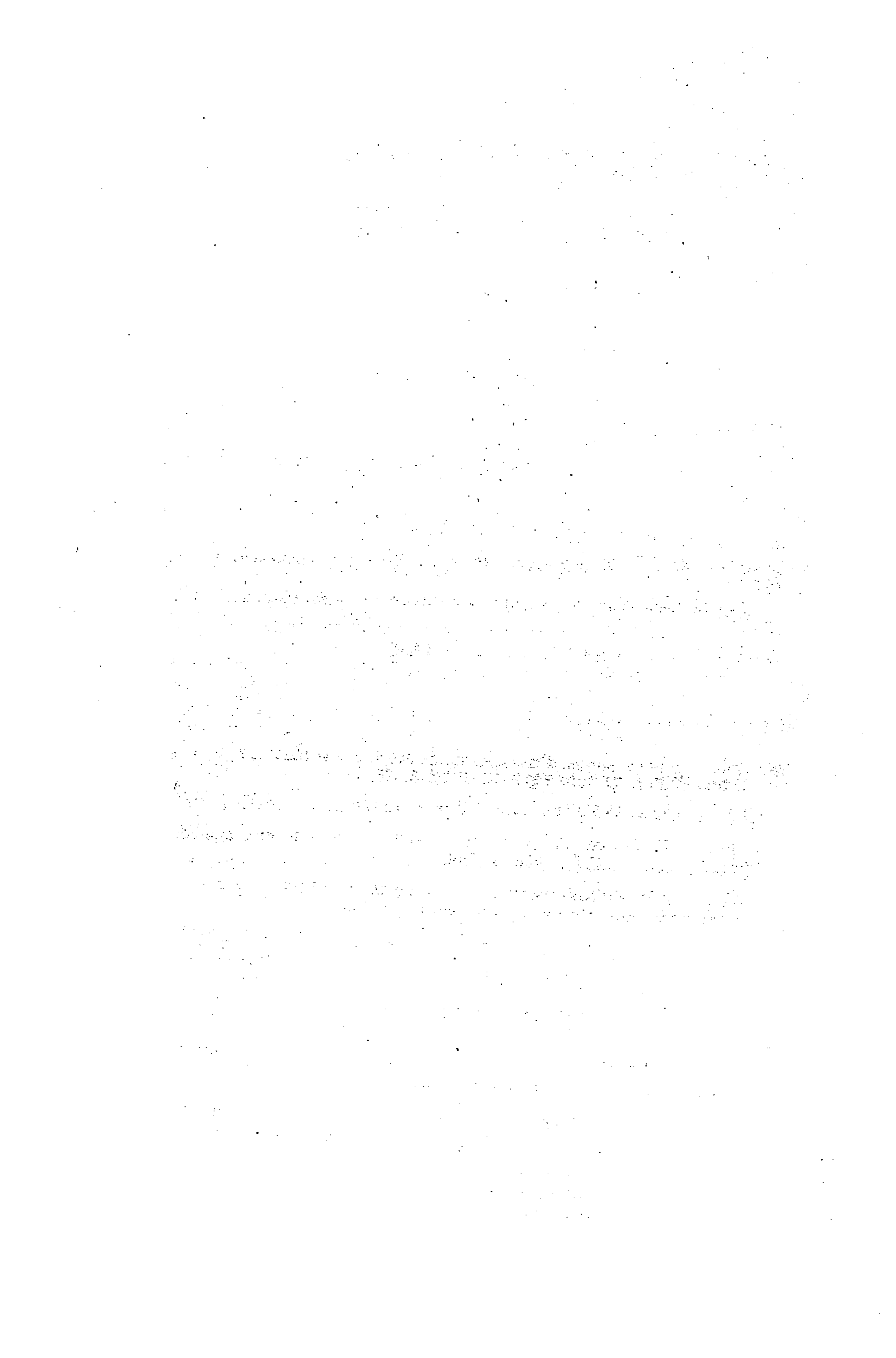
OBSERVATIONS SUR LE RAPPORT ENTRE LE DROIT ET LA MORALE

Chapitre Premier

LE PROBLEME MORAL DU CONTRAT

Première Section

Le problème moral du contrat dans la philosophie pré-kantienne



RAYNAUD (P.). — La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs. In Etudes de droit contemporain. Sirey, 1959, T. 2, pp. 377-392.

SOTO (J.). — La notion de juridiction. D. Ch., 1956, 45.

WALINE (M.). — Du critère des actes juridictionnels. In Revue du droit public, 1933, pp. 465-472.

V

DROIT PUBLIC

a) *Ouvrages généraux.*

DUGUIT (L.). — Traité de droit constitutionnel. 3ᵉ éd., 2 vol., 1927-1928.

HAURIOU (M.). — Précis de droit constitutionnel. 2ᵉ éd., 1929.

JÈZE (G.). — Les contrats administratifs. T. 3, 1934.

LAUBADÈRE (A. de). — Traité élémentaire de droit administratif. 2ᵉ éd., 1957.

— Traité théorique et pratique des contrats administratifs. T. 3, 1956.

WALINE (M.). — Droit administratif. Paris, 1959.

b) *Articles et commentaires.*

HAURIOU (M.). — Note Cons. d'Etat, 30 mars 1916. S., 1916, 3, 17.
— Cons. d'Etat, 27 juin 1919. S., 1920, 3, 25.

RIVERO (J.). — Cons. Préf. Marseille, 19 nov. 1947. J.C.P., 1948, 1, 4320.

SOTO (L. de). — La loi du 22 avril 1949 est-elle applicable aux contrats administratifs ? J.C.P., 1949, 1, 809.

WALINE (M.). — L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses cocontractants. Rev. de dr. public, 1951, pp. 5-34.

VI

DROIT INTERNATIONAL

BATIFFOL (H.). — Le rôle de la volonté en droit international privé. In Arch. de phil. du dr., 1957, pp. 71-86.

EL KOCHERI (A.S.). — La notion de contrat international. Thèse, Rennes, 1962.

LECA (J.). — Les techniques de révision des conventions internationales. Lib. gén. de dr. et de juris., 1961.

LE FUR. — La force obligatoire des traités. In Arch. de phil. du dr. et de soc. jur., N° 1-4, 1940, pp. 85-109.

MARTY (G.). — La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur les juges de fait. Thèse, Toulouse, 1929.

MONTAGNE (H.). — De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile. Thèse, Paris, 1912.

ROLAND (H.). — Chose jugée et tierce opposition. Thèse, Lyon, 1958.

WEIL (R.). — Contribution à l'étude de l'effet déclaratif des jugements. Thèse, Dijon, 1926.

VIZIOZ (H.). — Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française du droit public. 1931.

c) *Articles et commentaires.*

BONNARD (R.). — La conception matérielle de la fonction juridictionnelle. In Mélanges Carré de Malberg, 1933, pp. 3-29.

BOYER (L.). — Les effets des jugements à l'égard des tiers. Rev. trim. de dr. civ., 1951, pp. 163-207.

CHAUMONT. — Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel. Revue de droit public, 1942, pp. 93-124.

DENNERY (R.). — Du caractère des jugements de condamnation à dommages-intérêts. In Revue critique de législation et de jurisprudence, 1937, pp. 374-404.

DUGUIT (L.). — L'acte administratif et l'acte juridictionnel. In Revue de droit public, 1906, pp. 411-471.

ESMEIN (P.). — Note. Paris, 3 fév. 1949. J.C.P., 1949, 2, 4911.

GIVÉRDON (C.). — Contrat judiciaire. In Encyclopédie Dalloz, Procédure commerciale.

GLASSON (E.). — Note. Cass., 3 avril 1895. D., 1896, 1, 5.

HAURIOU (M.). — Les éléments du contentieux. In Recueil de législation de Toulouse, 1905, pp. 1-98.

HEBRAUD (P.). — L'acte juridictionnel et la classification des contentieux à propos de la condamnation pénale. In Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1949, pp. 131-206.

JÈZE (G.). — L'acte juridictionnel et la classification de recours contentieux. Revue de droit public, 1909, pp. 667-695.

LAMPUÉ (P.). — La notion d'acte juridictionnel. Revue du droit public, 1946, pp. 5-67.

LALOU (H.). — Déclaratifs ou constitutifs ? (Caractère des jugements rendus en matière de responsabilité civile). D. Ch., 1936, 69.

MARTY (G.). — Rôle du juge dans l'interprétation des contrats. In Travaux de l'Association H. Capitant, T. 5, 1949. Dalloz, 1950, pp. 84-98.

MAZEAUD (H.). — De la distinction des jugements déclaratifs et jugements constitutifs du droit. Rev. trim. de dr. civ., 1929, pp. 17-56.

PEAN (G.). — Note. Req. 2 avril 1941. J.C.P., 1943, 2, 2069.

PLANIOL (M.). — Note sur la nature de la juridiction gracieuse. D., 1906, 1, 337.

PLANIOL (M.). — Paris, 8 fév. 1896. D., 1896, 2, 457.

RIPERT (G.). — Trib. Comm. Seine, 16 déc. 1919. D.P., 1920, 2, 33.
— Civ. sec. Comm., 2 déc. 1947. D., 1948, 577.
ROUSSEAU (H.). — Cass. civ., 20 janv. 1932. S., 1932, 1, 105.
ROUX (J.-A.). — Cass. crim., 9 déc. 1937, S., 1942, 1, 41.

THALLER (E.). — Cass. Req., 19 janv. 1898. D.P., 1, 473. Avec le rapport du Conseiller Marignan.

WHAL (A.). — Trib. Comm. Seine, 9 avril 1910. S., 1912, 2, 297.

IV

DROIT JUDICIAIRE

a) *Ouvrages généraux.*

CORNU (G.) et FOYER (J.). — Procédure civile. Thémis, 1958.
CUCHE (P.) et VINCENT (J.). — Procédure civile et commerciale. Précis Dalloz, 1960.

GARSONNET et CÉZAR-BRUN. — Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale. 3e éd., T. 3, 1913.
GLASSON (E.) et MOREL (R.) et TISSIER (A.). — Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile. 3e éd., T. 3, 1929.

JAPIOT (R.). — Traité élémentaire de procédure civile et commerciale. 3e éd., 1935.

MOREL (R.). — Traité élémentaire de procédure civile. 2e éd., 1949.

RAUTER. — Cours de procédure civile. Paris, 1834.

SOLUS (H.) et PERROT (R.). — Droit judiciaire privé. T. 1, 1961.

VIZIOZ (H.). — Etudes de procédure. 1956.

b) *Ouvrages spéciaux et thèses.*

BOUVET (H.). — De la mise en état de l'instance et de ses effets. Thèse, Paris, 1921.

CARBONNIER (J.). — Le procès et le jugement. Cours de sociologie juridique, Paris, 1961-1962.

ESMEIN (P.). — Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits. Thèse, Paris, 1914.

GLASSON (E.). — Les sources de la procédure française. 1882.
GUILLIEN (R.). — L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée. Thèse, Bordeaux, 1931.

MABILEAU (J.). — De la distinction des actes d'administration active et des actes administratifs juridictionnels. Thèse, Paris, 1943.

TRASBOT (A.). — Commentaire sur la loi du 12 juillet 1933. D.P., 1933, 4, 193.
— La dévaluation monétaire et les contrats de droit privé. In Etudes offertes à G. Ripert, T. 2, 1950, pp. 159-177.
THILO (E.). — La révision des contrats par le juge en Suisse. In La Semaine internationale de droit de Paris, 1937. Sirey, 1938, pp. 121-133.
TOUJAS (G.). — La résiliation de certains contrats et marchés. J.C.P., 1949, 1, 774.
TUNC (A.). — Force majeure et absence de faute en matière contractuelle. In Rev. trim. de dr. civ., 1945, pp. 235-259.

VEAUX (D.). — Les clauses pénales dans les contrats de droit privé et leur respect par les tribunaux. In Etudes de droit contemporain, T. 2. Sirey, 1959, pp. 25-35.

VOIRIN (P.). — Imprévision dans certains contrats. Rev. trim. de dr. civ., 1949, pp. 468 et s.
VOLKMAR. — La révision des contrats par le juge. In La Semaine internationale de droit de Paris, 1937. Sirey, 1938, pp. 15-31.

d) *Notes de jurisprudence.*

BECQUE (J.). — Cass. civ., 2 déc. 1947. J.C.P., 1948, 2, 4269.

CAREL (J.). — Trib. comm. Seine, 14e ch., 26 fév. 1957. J.C.P., 1957, 10169.
CAPITANT (H.). — Paris, 21 déc. 1916. D.P., 1917, 2, 33.
CHARMONT (J.). — Cass. Req., 17 juillet 1906. In Revue critique de législation et de jurisprudence, 1911, pp. 337-340.
CHÉRON (A.). — Cass. Req., 2 avril 1941. D.C., 1944, 43.

ESMEIN (P.). — Cass. civ., 15 janv. 1931. S., 1932, 1, 169.

GERVÉSIE (P.). — Lyon, 22 nov. 1954. D., 1956, 628.
HÉMARD (J.). — Cass. civ., 6 déc. 1937. In Revue générale de droit commercial, 1938, p. 700.
HUBRECHT (G.). — Cass. civ., 15 juillet 1943. J.C.P., 1943, 2, 2500.
HÉBRAUD (P.). — Trib. civ. Seine, 30 nov. 1935. D.H., 1936, 111.

JOSSERAND (L.). — Cass. Req., 30 nov. 1926. D.P., 1928, 1, 49.

LALOU (H.). — Cass. Req., 10 avril 1922. D.P., 1923, 1, 52.
LYON-CAEN. — Cass. Req., 16 déc. 1896 et 19 janv. 1898. D.P., 1899, 1, 5.
— Cass. Req., 11 avril 1907. S., 1907, 1, 433.

MAZEAUD (J.). — Trib. civ. Bordeaux, 12 mai 1947. J.C.P., 1947, 2, 3901.
— Civ. Seine, 16 juillet 1947. J.C.P., 1947, 2, 3791.
MAZEAUD (H. et L.). — Paris, 29 nov. 1951. In Rev. trim. de dr. civ., 1952, p. 228.
— Civ. Nantes, 11 déc. 1951. In Rev. trim. de dr. civ., 1952, p. 233.
— Montpellier, 19 mars 1952. In Rev. trim. de dr. civ., 1953, p. 116.
— Civ. Nancy, 26 mai 1952, et Metz, 31 juillet 1952. In Rev. trim. de dr. civ., 1953, p. 111.
MEURISSE (R.). — Lyon, 22 nov. 1954. S., 1956, 172.

NAST (M.). — Civ., 12 nov. 1941. D.C., 1942, 5, 97.

MONTEL (A.). — La révision des contrats par le juge en Italie. In La Semaine internationale de droit de Paris, 1937, Sirey, 1938, pp. 71-86.

MORAND. — Rapport au nom de la commission de législation civile et criminelle relatif à la loi du 8 avril 1933, Annexe N° 660. Jour. off., Séance du 7 juillet 1932, Sénat, p. 995.

MORANDIÈRE (L.-J. de la). — L'ordre public en droit privé interne. In Etude de droit civil à la mémoire de H. Capitant, 1939, pp. 381-401.

MOREL (R.). — Des dommages-intérêts dus par un commerçant, spécialement en raison d'un délit ou d'un quasi-délit antérieur à sa faillite ou sa mise en liquidation. In Rev. gén. de dr. des faillites, T. 2, 1937, pp. 337-362.

— Le contrat imposé. In Etudes offertes à G. Ripert, T. 2, 1950, pp. 116-126.

MORIN (G.). — Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et du concept. In Rev. trim. de dr. civ., 1937, pp. 353 et s.

— La désagrégation de la théorie contractuelle du Code. In Arch. de phil. du dr. et de soc. jur., N° 1-4, 1940, pp. 7-32.

NAST (M.). — Le problème de la responsabilité civile. In Revue critique de législation et de jurisprudence, 1932, pp. 376-386.

NIBOYET (J.-P.). — La révision des contrats par le juge. Rapport général sur les travaux de la Semaine internationale de Paris, 1937. Sirey, 1938, pp. 1-13.

PERREAU (E.-H.). — Une évolution vers un statut légal des contrats. In Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, T. 2, 1935, pp. 354-367.

PLANIOL (M.). — Classification des sources des obligations. In Revue critique de législation et de jurisprudence, 1904, pp. 224-237.

RÉGLADE (M.). — La place de la convention dans une classification des actes juridiques. In Arch. de phil. du dr. et de soc. jur., N° 1-4, pp. 159-173.

RIPERT (G.). — L'ordre économique et la liberté contractuelle. In Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, T. 2, 1935, pp. 347-353.

— Le droit de ne pas payer ses dettes. D. Ch., 1936, 57.

— La révision des contrats par le juge. Conclusions des travaux de la Semaine internationale de Paris, 1937. Sirey, 1938, pp. 215-217.

— Ebauche d'un droit civil professionnel. In Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant, 1939, pp. 677-693.

— Le statut du fermage, du droit contractuel au droit de l'entreprise. D. Ch., 1946, 1.

— La révision de rentes viagères. D. Ch., 1949, 89.

ROUAST (A.). — La prestation gratuite du travail. In Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant, 1939, pp. 695-710.

— Le contrat dirigé. In Mélanges Sugiyama, 1940, pp. 317-327.

SAVATIER (J.). — De la théorie de l'imprévision. In Etudes de droit contemporain, T. 2, Sirey, 1959, pp. 1-10.

SIMONIUS (A.). — La révision des contrats pour cause d'imprévision en droit suisse. In La Semaine internationale de droit de Paris, 1937. Sirey, 1938, pp. 173-183.

SOTO (J.). — Imprévision et économie dirigée. J.C.P., 1950, 1, 817.

HÉBRAUD (P.). — Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques. In Mélanges offerts à J. Maury, 1960, T. 2, pp. 420-476.
HÉREIL (G.) et MELLER (L.). — La masse en matière de faillite, ses droits, ses obligations. In Revue générale de droit commercial, 1938, pp. 50-80.

JOSSERAND (L.). — Le contrat dirigé. D.H., 1933, 89.
— L'essor moderne du concept contractuel. In Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, T. 2, 1935, pp. 33-46.
— Un ordre juridique nouveau. D. Ch., 1937, 41.
— Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. In Rev. trim. de dr. civ., 1937, pp. 1-30.
— Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal. D. Ch., 1940, 5.

KELSEN (H.). — La théorie juridique de la convention. In Arch. de phil. du dr. et de soc. jur., N° 1-4, 1940, pp. 33-76.
KLUYSKENS. — La lésion dans les contrats en Belgique. In Travaux de l'Association H. Capitant, T. 1, 1945, pp. 199-208.

LALOU. — La révision des contrats par le juge en droit français. In La Semaine internationale de droit de Paris, 1937, Sirey, 1938, pp. 45-55.
LEREBOURGS-PIGEONNIÈRE (P.). — La contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté. In L'œuvre juridique de R. Saleilles, 1914, pp. 397-433.
LEFEBVRE (A.-F.). — De la responsabilité délictuelle, contractuelle. In Revue critique de législation et de jurisprudence, 1886, pp. 485-523.
LONGCHAMPS DE BÉRIER. — La révision des contrats par le juge dans le droit civil polonais. In La Semaine internationale de droit de Paris, 1937, Sirey, 1938, pp. 105-120.
LOUIS-LUCAS (P.). — L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé. In Etudes du droit civil à la mémoire de H. Capitant, 1939, pp. 469-489.

MARUAN (Ch.). — La clause pénale. Thèse, Paris, 1935.
MASSUÊ (H. de la). — De l'absence de novation dans la résolution de l'obligation contractuelle. In Rev. trim. de dr. civ., 1932, pp. 377-384.
— De la soumission du créancier quasi délictuel à la loi du concordat. In Revue pratique de législation et de jurisprudence du Tribunal de Commerce de la Seine, 1937, pp. 77-119.
MAURY (J.). — Cause. In Encyclopédie juridique de droit civil, 1951, pp. 514-533.
MAZEAUD (H.). — Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, note. Rev. trim. de dr. civ., 1929, pp. 633-634.
— Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extra-contractuelles ; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence. In Rev. trim. de dr. civ., 1936, pp. 1-58.
— La lésion dans les contrats. In Travaux de l'Association H. Capitant, T. 1, 1945, pp. 181-199.
— L'évaluation du préjudice et la hausse des prix en cours d'instance. J.C.F., 1942, 1, 275.

— Du sort du contrat contenant une clause annulée comme contraire aux lois sur le cours légal et le cours forcé du billet de banque. D.H., 1927, 1.

— Le régime de la violation des contrats. D.H., 1934, 1.

— La répression de l'usure. D. Ch., 1935, 61.

CARBONNIER (J.). — Quelle contribution la sociologie juridique peut-elle apporter au droit du contrat ? In Droit, Economie, Sociologie, Dalloz, 1959, pp. 113 et s.

DEMOGUE (R.). — Modifications aux contrats par volonté unilatérale. In Rev. trim. de dr. civ., 1907, pp. 245-310.

— De la classification des sources des obligations. In Scritti Giuridici Dedicati ED offerti G.-P. Chironi, 1915, pp. 105-117.

DEMONTÈS (E.). — Observations sur la théorie de la lésion dans les contrats. In Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant, 1939, pp. 171-190.

DESBOIS (H.). — Commentaire sur la loi du 8 avril 1933. D.P., 1933. 4, 129.

— Commentaire sur la loi N° 54-44 du 15 janvier 1954, modifiant l'article 56 de l'ordonnance du 17 octobre 1945 modifié, relatif à la conversion du métayage en fermage. D., 1955, 2, 465.

DESCHAMPS (M.-A.). — Le dol et la faute des incapables dans les contrats. In Revue critique de législation et de jurisprudence, 1890, pp. 271-320.

DIKOFF (L.). — L'évolution de la notion de contrat. In Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant, 1939, pp. 201-217.

DJUVARA (M.). — L'idée de convention et ses manifestations comme réalités juridiques. In Arch. de phil. du dr. et de soc. jur., N° 1-4, 1940, pp. 110-158.

DURAND (P.). — La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel. Rev. trim. de dr. civ., 1944, pp. 72-97.

ESMEIN (P.). — Remarques sur de nouvelles classifications des obligations. In Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant, 1939, pp. 235-240.

— Discussion du problème de l'intervention de l'Etat dans les contrats. In Travaux de l'Association H. Capitant, T. 1, 1945, pp. 118-134.

— L'obligation et la responsabilité contractuelle. In Etudes offertes à G. Ripert, 1950, T. 2, pp. 101-115.

FACIO (J.-P.). — Nature juridique de la clause pénale dans les droits français et latino-américain. In Revue internationale de droit comparé, 1949, pp. 315-323.

GÉNY (F.). — La validité juridique de la clause « payable en or » dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé. In Rev. trim. de dr. civ., 1926, pp. 557-636.

GIFFARD (J.). — Conversion du métayage en fermage. In Revue des fermages, fév. 1954, pp. 37-56.

GUTTERIDGE. — La révision des contrats par le juge en droit anglais. In La Semaine internationale de droit de Paris, 1937, Sirey, 1938, pp. 33-43.

HARVEN (P.). — Discussion du problème de l'intervention de l'Etat dans les contrats. In Travaux de l'Association H. Capitant, T. 1, 1945, pp. 134-147.

FARGH (T.-H.). — La théorie de l'exploitation en droit civil égyptien. En arabe. Thèse, L'Alexandrie, 1957.

GAUDIN DE LAGRANGE (Em.). — L'intervention du juge dans le contrat. Thèse Montpellier, 1935.

GERBAUT (M.-A.). — De la novation. Thèse, Nancy, 1882.

GHANEM (I.). — Essai critique sur la notion du patrimoine en droit français et en droit égyptien. Thèse, Paris, 1951, Imprimerie nationale, Le Caire, 1957.

GOUNOT (Em.). — Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique. Thèse, Dijon, 1912.

MALAURIE (Ph.). — Les contrats contraires à l'ordre public, étude du droit civil comparé (France, Angleterre, U.R.S.S.). Thèse, Paris, 1951.

MARNIERRE (Ed. S. de la). — L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques. Thèse, Paris, 1930.

MAURY (J.). — Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français. Thèse, Toulouse, 1920.

MAYNAUD (J.). — Les fictions des contrats dans le Code civil et depuis le Code civil. Thèse, Montpellier, 1924.

MERLE (R.). — Essai de contribution à la théorie de l'acte déclaratif. Thèse, Toulouse, 1948.

MORANDIÈRE (L.-J. de la). — L'évolution moderne du droit des obligations. Cours de droit civil approfondi. D.E.S., Droit privé, 1944-1945.

PÉROT-MOREL (M.-A.). — De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat. Dalloz, Paris, 1961.

PÉRIN (J.). — Essai sur la réductibilité des obligations excessives. Thèse, Paris, 1905.

POPA (E.-A.). — Les notions de « Debitum » (Schuld) et « Obligatio » (Haftung) et leur application en droit français moderne. Thèse, Paris, 1935.

RAYNAUD (P.). — La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la théorie du patrimoine. Avec préface de J. Plassard. Sirey, 1934.

RIEG (A.). — Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand. Thèse, Strasbourg, 1958, Paris, Lib. gén. de dr., 1961.

RIPERT (L.). — La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle. Thèse, Paris, 1933.

SALEILLES (R.). — De la déclaration de volonté. Paris, 1901.

STARK (B.). — Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

ZAKSAS (J.). — Les transformations du contrat et leur loi. Essai sur la vie du contrat en tant qu'institution juridique. Thèse, Toulouse, 1939.

c) *Articles, rapporte et chroniques.*

CAPITANT (H.). — Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans. (Extrait du livre cinquantenaire de la Société de Législation comparée, 1922.)

DEMOGUE (R.). — Traité des obligations en général. T. 4, Paris, 1924.
DEMOLOMBE (G.). — Cours du Code Napoléon, T. 30, 1879.

GHANEM (I.). — Les règles de l'obligation. En arabe, Le Caire, 1956.

HEGAZY (A.-H.). — La théorie générale de l'obligation. En arabe, T. 1 et 2, 1960-1962.

LAROMBIÈRE (M.-L.). — Théorie et pratique des obligations. T. 5, Paris, 1857.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.). — Droit civil, T. 1 et 2, Sirey, Paris, 1961-1962.
MAZEAUD (H. et L.) et TUNC (A.). — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle. T. 1 et 3, 5ᵉ éd., 1825-1828, T. 5.
1957-1960.
MAZEAUD (H. et L.). — Leçons de droit civil. T. 2, 1962.
MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. 5ᵉ éd.,
MORCOS (S.). — Les principes des obligations. En arabe, Le Caire, 1960.
MOURLON (F.). — Code Napoléon. T. 2, Paris, 1866.

PLANIOL (M.), RIPERT (G.) et BOULANGER. — Traité de droit civil. T. 1 et 2, 1957-1958.
PROUDHON. — Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie. T. 3, 1824.

SAVATIER (R.). — Traité de la responsabilité civile en droit français. T. 2, 2ᵉ éd., 1951.
SOULTAN (A.). — La théorie générale de l'obligation. T. 1, en arabe, L'Alexandrie, 1956.

b) *Ouvrages spéciaux et thèses.*

ABOU EL KHEIR (M.-K.). — La loi de la réforme agraire. En arabe, 1961.
AL SADDAH (A.-F.). — Des contrats d'adhésion. En arabe, Le Caire, 1946.
AL SANHOURY (A.-A.). — Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise. Thèse, Lyon, 1925.

BOYER (L.). — La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif. Thèse, Toulouse, 1947.

CAPITANT (H.). — De la cause. 3ᵉ éd., Paris, 1927.
COMPARATO (F.-K.). — Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé. Paris, Dalloz, 1964.
DEMONTÈS (E.). — De la lésion dans les contrats entre majeurs. Paris, 1924.

DUGUIT (L.). — Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon. Paris, 1912.
DUPLESSIS (A.). — Etude sur la novation et la délégation. Thèse, Paris, 1896.

EL KHOLY (A.). — La réparation en nature en droit français et en droit égyptien. Thèse, Paris, 1954.
EL WAKIL (Ch.). — Essai sur la technique de l'obligation volontaire en droit civil égyptien. Thèse, Paris, 1952.

GIFFARD (A.-E.). — Précis de droit romain. 2 vol., T. 1, 2e éd., 1934, et T. 2, 3e éd., 1951.
GIRARD (P.-F.). — Manuel élémentaire de droit romain. 8e éd., Paris, 1929.

JUSTINIEN. — Institutes. Code. Digeste.

KELLER (F.-L. de). — De la procédure civile et des actions chez les Romains. Trad. par Ch. Capmas, Paris, 1870.

MONIER (R.). — Manuel élémentaire de droit romain. 2 vol., T. 1, 6e éd., 1947, et T. 2, 5e éd., 1954.

ORTOLAN (J.). — Explication historique des Institutes de l'Empereur Justinien, par J.-E. Labbé, T. 2, 12e éd., 1883.

ZIMMERN. — Traité des actions ou théorie de la procédure privée chez les Romains. Trad. par L. Etienne, Paris, 1843.

b) *Thèses, mémoires et articles.*

CORNIL (G.). — Debitum et obligatio. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine. In Mélanges P.-F. Girard, 1912, pp. 199-263.
— Cause et conséquence de l'apparition tardive de l'Animus Novandi. In Mélanges P. Fournier, 1929, pp. 87-118.

GIRAUDIN (A.). — Le la litiscontestatio. Thèse, Bordeaux, 1881.

GROSS (G.). — La litiscontestatio en droit romain. Thèse, Paris, 1881.

MAILLET (J.). — La théorie de Schuld et Haftung en droit romain. Exposé et examen critique. Thèse, Aix-en-Provence, 1944.

TANAGHO (S.). — La nature juridique du droit de preneur à bail en droit romain. Rennes, 1961.

III

DROIT CIVIL

a) *Ouvrages généraux.*

ABDEL BAKY (A.). — Les règles de l'obligation. En arabe.
ABOU STEET (A.-H.). — La théorie de l'obligation. En arabe, 2e éd., 1954.
AL SADDAH (A.-F.). — Les sources de l'obligation. En Arabe, Le Caire, 1960.
AL SANHOURY (A.-A.). — El Wassit (Traité élémentaire de nouveau droit civil). En arabe, T. 1-3, Le Caire, 1952-1958.
AUBRY (C.) et RAU (C.). — Cours de droit civil. 8 vol., 1869-1879. T. 4 et 8.

CARBONNIER (J.). — Droit civil. Thémis, T. 1 et 2, 1959-1960.
COLIN (A.), CAPITANT (H.) et MORANDIÈRE (L.-J. de la). — Traité de droit civil, T. 2, 1959.

HOUIN (R.). — De Lege Ferenda, in Mélanges en l'honneur de P. Roubier, T. 1, 1961, pp. 273-294.

HUBERT (R.). — Contribution à l'étude sociologique des origines de la notion de droit naturel. In Arch. de phil. du dr. et de soc. jur., N° 3-4, 1933, pp. 91-158.

JOSSERAND (L.). — Comment les textes de la loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques. In Etudes du droit civil, à la mémoire de H. Capitant, 1939, pp. 369-380.

KELSEN (H.). — Justice et droit naturel. In Le droit naturel, P.U.F., 1959, pp. 1-123.

MARTY (G.). — Progrès ou déclin de droit. In Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 5e série, T. 2, 1953, pp. 65-72.

MAURY (J.). — Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives. In Mélanges Ed. Lambert, T. 1, 1938, pp. 421-433.

— Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit. In Etudes offertes à G. Ripert, 1950, T. 1, pp. 28-50.

— Observations sur les « Aspects philosophiques du droit international privé ». In Revue critique de droit international privé, 1957, pp. 227-272.

MORIN (G.). — Vers la révision de la technique juridique. In Arch. de phil. du dr. et de soc. jur., N° 1-2, 1931, pp. 73-85.

PRÉLOT (M.). — Taparelli d'Azeglio et la renaissance du droit naturel au XIXe siècle. In Le droit naturel, P.U.F., 1959, pp. 191-204.

RICHARD (G.). — Le positivisme juridique et la loi des trois états. In Arch. de phil. du dr. et de soc. jur., N° 1-2, 1931, pp. 311-340.

RIVERO (J.). — Le juge administratif français : un juge qui gouverne. D. Ch., 1951, 21.

VILLEY (M.). — Essor et décadence du volontarisme juridique. In Arch. de phil. du dr., 1957, pp. 87-98.

— L'écriture sainte comme source du droit dans la Somme théologique de Saint Thomas d'Aquin. In La révélation chrétienne et le droit. Dalloz, 1961, pp. 63-85.

WALINE (M.). — Positivisme philosophique, juridique et sociologique. In Mélanges Carré de Malberg, 1933, pp. 519-534.

— Le pouvoir normatif de la jurisprudence. In Etudes en l'honneur de G. Scelle, T. 2, 1950, pp. 613-632.

II

DROIT ROMAIN

a) *Ouvrages généraux.*

ACCARIAS (C.). — Précis de droit romain. Deux tomes en 3 vol., Paris, Pichon, 1896.

BONJEAN (L.-B.). — Traité des actions, ou exposition historique de l'organisation judiciaire chez les Romains. 2e éd., T. 1, 1845.

GAÏUS. — Institutes. Trad. par J. Reinach, Paris, 1950.

b) *Articles.*

AILLET (G.). — De la signification méthodologique de l'idée du droit naturel. In Arch. de Phil. du dr. et de soc. jur., N° 3-4, 1933, pp. 29-54.

AL SANHOURY (A.-A.). — Le standard juridique. In Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, T. 2, 1935, pp. 144-156.

ARTUR. — Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions. In Revue de droit public, 1900, 1er art., T. 13, pp. 214-246 ; 2e art., T. 13, pp. 470-496 ; 3e art., T. 14, pp. 34-64 ; 4e art., T. 14, pp. 236-280.

BERTRAND (Ed.). — Le rôle de la dialectique en droit privé positif. D. Ch. 1951, 151.

BOULANGER. — Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi. In Travaux de l'Association H. Capitant, T. 5, 1949, Dalloz, 1950, pp. 61-73.

— Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile. In Rev. trim. de dr. civ., 1961, pp. 417-441.

BRIMO (A.). — De la notion de forme et de contenu du droit dans la théorie générale du droit. In Mélanges offerts à J. Maury, 1960, T. 2, pp. 283-302.

CARLYLE (A.-J.). — La notion de « contrat » dans les doctrines politiques. In Arch. de phil. du dr. et de soc. jur., N° 1-4, 1940, pp. 77-84.

DAVY (G.). — Le problème de l'obligation chez Duguit et chez Kelsen. In Arch. de phil. du dr. et de soc. jur., N° 1-2, 1933, pp. 7-36.

DABIN (J.). — La définition du droit à propos d'une étude récente. In Mélanges en l'honneur de P. Roubier, 1961, T. 1, pp. 199-219.

DEL VECCHIO (G.). — Mutabilité et éternité du droit. In Arch. de phil. du dr., 1957, pp. 137-152.

DONIUS (Ch.). — Existentialisme, phénoménologie et philosophie du droit. In Arch. de phil. du dr., 1957, pp. 221-232.

DUPEYROUX (O.). — La jurisprudence, source abusive de droit. In Mélanges offerts à J. Maury, T. 2, 1960, pp. 349-377.

DURAND (P.). — La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne en droit privé. D. Ch., 1956, 73.

EISENMANN (Ch.). — Le juriste et le droit naturel. In Le droit naturel, P.U.F., 1959, pp. 205-229.

ELLUL (J.). — Quelle est la signification de la révélation chrétienne pour le droit positif. In La révélation chrétienne et le droit. Dalloz, Paris, 1961, pp. 39-49.

ESMEIN (P.). — La loi et la jurisprudence. Rev. trim. de dr. civ., 1952, pp. 17-23.

GÉNY (F.). — La laïcité du droit naturel. In Arch. de phil. du dr. et de soc. jur., N° 3-4, 1935, pp. 7-27.

GURVITCH (G.). — Droit naturel ou droit positif intuitif ? In Arch. de phil. du dr. et de soc. jur., N° 3-4, 1933, pp. 55-90.

HAESERT (J.-P.). — Fondement du droit naturel. Arch. de phil. du dr. et de soc. jur., N° 3-4, 1933, pp. 197-226.

HAURIOU (M.). — Police juridique et fond du droit. In Rev. trim. du dr. civ., 1926, pp. 256-312.

MORIN (G.). — La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté. Paris, 1927.

NIETZSCHE. — La volonté de puissance. Trad. par G. Bianquis, 3e éd., T. 1, Gallimard, 1948.

PAGE (H. de). — A propos du gouvernement des juges. 1931.
PASCAL. — Pensées. Présenté par J. Guitton, L.P.C., 1962.
PERREAU (E.-H.). — Technique de la jurisprudence en droit privé. 2 vol., 1923.
PIE XI. — Quadragesimo Anno, 1931, in Les Encycliques sociales, Editions Bonne Presse, 1962, pp. 129-199.
PIE XII. — La question sociale aujourd'hui, 1941 ; Les éléments fondamentaux de la vie sociale, 1942. In Les Encycliques sociales, Editions Bonne Presse, 1962, pp. 201-237.
PLATON. — Les lois. In Œuvres complètes, T. 11 et 12, Les Belles Lettres, Paris, 1951-1956.
— La République. Trad. par R. Baccou. Classiques Garnier, Paris, 1963.

RIPERT (G.). — Le régime démocratique et le droit civil moderne. Paris, 1935.
— Le déclin du droit. Etudes sur les législations contemporaines, Paris, 1949.
— La règle morale dans les obligations civiles. 4e éd., 1949.
— Les forces créatrices du droit. Paris, 1935.
ROSCOE POUND. — An introduction to the philosophie of law. Oxford University Press, 1922.
ROUBIER (P.). — Théorie générale du droit, 2e éd., 1951.
— Le droit transitoire, 2e éd., 1960.
— Droits subjectifs et situations juridiques. Paris, Dalloz, 1963.
ROUSSEAU (J.-J.). — Du contrat social. Présenté par H. Guillemin, Union générale d'Editions, Paris, 1963.

SAINT THOMAS D'AQUIN. — La justice. In Somme théologique, Qu 57-62. Trad. par M.-S. Gillet, O.P., 1932.
— Le gouverneemnt divin. In Somme théologique, Qu 103-109, trad. par Ch.-V. Heris, O.P., 1959.
SARTRE (J.-P.). — Critique de la raison dialectique. Paris, Gallimard, 1960.
— L'existentialisme est un humanisme. Nagel, 1961.
SAVATIER (R.). — Du droit civil au droit public. 2e éd., 1950.
— Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, T. 1 et 3, 1952-1959.
SCHELER (M.). — Le formalisme en éthique et l'éthique materiale des valeurs. Trad. par M. Gandillac, Paris, Gallimard, 1955.
STATI (M.-O.). — Le standard juridique. Paris, 1927.
TARDE (A. de). — L'idée du juste prix. Thèse, Paris, 1906.

TEILHARD DE CHARDIN. — La place de l'homme dans la nature. 1950, Union Générale d'Editions, 1962.

VILLEY (M.). — Leçons d'histoire de la philosophie du droit. Dalloz, Paris, 1962.

WALINE (M.). — L'indivadualisme et le droit. 2e éd., 1949.
WERNER (Ch.). — La philosophie grecque. P.-B. Payot, 1962.

GURVITCH (G.). — Morale théorique et science des mœurs. P.U.F., 1961.
— Dialectique et sociologie. Paris, Flammarion, 1962.

HEGEL. — Principes de la philosophie du droit. Trad. par A. Kaan ; Gallimard, Paris, 1940.
HEIDEGGER (M.). — Le principe de raison. Trad. par A. Préau ; Gallimard, 1962.
HOBBES (Th.). — Leviathan, 1651. Introduction by A.-D. Lindsay, London, J.-M. Dent & son, L.T.D., New-York ; E.-P. Dutton et Coing, 1959.

IHERING. — La lutte pour le droit. Trad. par Meulenaere, Paris, 1890.
JASPERS (K.). — Liberté et réunification. Trad. par H. Naef ; Gallimard, Paris, 1962.
— Introduction à la philosophie. Trad. par J. Hesch ; Plon, 1962.
JEAN XXIII. — Mater et Magistra, 1961. In Les Encycliques sociales, éditions Bonne Presse, 1962, pp. 239-409.
— Pacem in Terris. Texte intégral, journal La Croix du 11 avril 1963, pp. 5-8.

KANT (Em.). — Eléments métaphysiques de la doctrine du droit. Trad. par J. Barni, Paris, 1854.
— Fondements de la métaphysique des mœurs. Traduction nouvelle et notes par Victor Delbos. Paris, Delagrave, 1962.
KELSEN (H.). — Théorie pure du droit. Trad. par Ch. Eisenmann. Dalloz, Paris, 1962.
KIRA (H.). — Assoul El Kanoun (Les principes du droit). En arabe, 1959-1960.

LALANDE (A.). — La raison et les normes. Hachette, 1948.
LAMBERT (Ed.). — Le gouvernement des juges, la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. 1921.
LARTIGOLE (Abbé J.). — Justice commutative et droit positif. Bordeaux, 1957.
LÉON XIII. — Rerum Novarum, 1891. In Les Encycliques sociales, éditions Bonne Presse, 1962, pp. 79-127.
LOCKE (de J.). — Essai sur le pouvoir civil. Trad. par J.-L. Fyot, Bibliothèque de la Science politique, P.U.F., 1953.

MACHIAVEL. — Le prince. Union générale d'éditions, Paris, 1962.
MANN (Th.). — Gœthe et Tolstoï. Trad. par A. Vialatte, Editions V. Attinger, Paris, 1947.
MARCEL (G.). — Les hommes contre l'humain. 28e éd., La Colombe, Paris, 1962.
MARX (K.). — Œuvres philosophiques. Trad. par Molitor, Paris, 1926, T. 1 : Contribution à la critique de la philosophie du droit de Hegel ; le manifeste philosophique de l'école de droit historique ; différence de la philosophie de la nature chez Democrites et chez Epicure, pp. 1-120.
— Contribution à la critique de l'économie politique. Londres, 1859. Trad. par M. Husson et G. Badia, Editions sociales, Paris, 1857.
MARX (K.) et ENGELS (F.). — Manifeste du parti communiste. Editions sociales, 1962.
— L'idéologie allemande. Editions sociales, 1962.
MAUSS (M.). — Sociologie et anthropologie. P.U.F., 1960.
MENDÈS-FRANCE (P.). — La république moderne. Gallimard, 1962.
MONTESQUIEU. — De l'esprit des lois. 2 vol., Classiques Garnier, 1956.

BIBLIOGRAPHIE

I

PHILOSOPHIE ET THEORIE GENERALE DU DROIT

a) *Ouvrages.*

AMSELEK. — Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit. Essai de phénoménologie juridique. Thèse, Paris, 1962.

ARISTOTE. — Politique. Texte français présenté et annoté par M. Prelot, Bibliothèque de la science politique, P.U.F., 1950.

— Ethique de Nicomaque. Trad. par J. Vailquin, 1940.

BERGSON (H.). — Les deux sources de la morale et de la religion. 100ᵉ éd., P.U.F., 1960.

BOCHENSKI (I.-M.). — La philosophie contemporaine en Europe. Trad. par F. Vaudou ; P.-B. Payot, Paris, 1962.

CARRÉ DE MALBERG (R.). — Contribution à la théorie générale de l'Etat. 2 vol., 1920-1922.

COMTE (Aug.). — Cours de philosophie positive, T. 1, 5ᵉ éd., 1892, identique à la première, parue au commencement de juillet 1830.

— Système de politique positive, T. 1 et 2, 4ᵉ éd., 1912, identique à la première, parue en 1854, Paris, Georges Crès et Cie.

DABIN (J.). — La technique de l'élaboration du droit positif. Bruxelles, Paris, 1935.

— L'Etat ou le politique. Dalloz, Paris, 1957.

— Le droit subjectif. Dalloz, Paris, 1952.

DAVY (G.). — La foi jurée, étude sociologique du problème du contrat, la formation du lien contractuel. Thèse ès lettres, Paris, 1922.

DEL VECCHIO (G.). — Philosophie du droit. Trad. par J.-A. d'Aynac ; Dalloz, Paris, 1953.

DEMOGUE. — Les notions fondamentales du droit privé, 1911.

DESCARTES. — Discours de la méthode. Union générale d'éditions, Paris, 1962.

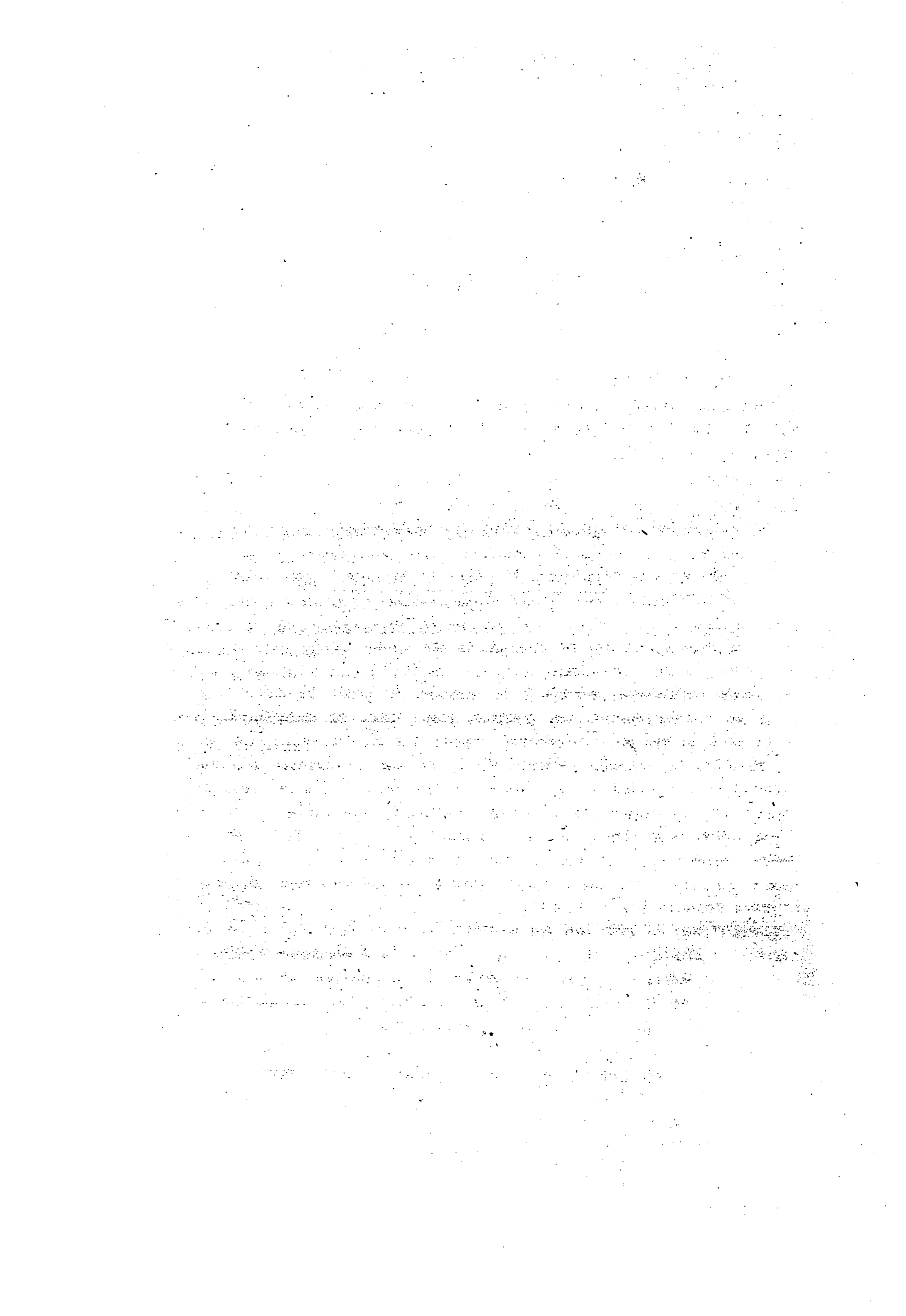
DURKHEIM (Em.). — Leçons de sociologie. Physique des mœurs et du droit. P.U.F., 1950.

— De la division du travail social. 7ᵉ éd., P.U.F., Paris, 1960.

DUVERGER (M.). — De la dictature. Julliard, Paris, 1961.

GÉNY (F.). — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. 2 vol., 2ᵉ éd., nouveau tirage, Paris, 1954.

— Science et technique en droit privé positif. 4 vol., Sirey, 1913-1924.



CONCLUSION

Au point de vue théorique, le droit positif repose sur un donné moral. Au point de vue positif, l'idée du juste exerce une influence considérable sur la formation du droit, soit en France, soit en Egypte.

La technique doit être, elle l'est effectivement, au service de la morale. C'est la morale qui décide quand il faut faire appel à une technique déterminée et quand il faut s'en débarrasser. Ainsi, si l'on s'occupe seulement de l'étude technique des problèmes juridiques, on risquera de ne pas voir toute la vérité, même celle qui concerne la technique elle-même. Or, le problème de la révision du contrat par le juge donne un exemple évident de la dépendance de la technique de la morale. Selon la conclusion de notre étude morale du contrat, tout ce qui est contractuel est artificiel. Le contrat n'est qu'un moyen technique soumis à la morale. Il puise sa force non pas dans le consentement des parties, mais dans sa conformité à la justice et à la raison. Le contrat repose sur une présomption de justice. Mais si la volonté s'écarte de la raison, le contrat deviendra injuste, et la présomption deviendra une fiction. Un tel contrat n'a aucune force morale. Sa révision deviendra justifiable.

Ainsi, quand le droit positif consacre un régime de révision, nécessaire, impératif et judiciaire du contrat, il ne le fonde pas sur la volonté des contractants, car la révision est spécialement dressée contre cette volonté jugée injuste.

En admettant la révision du contrat, le droit substitue un nouveau moyen technique, celui du jugement, à la technique contractuelle. Le droit charge le juge de substituer à l'obligation contractuelle injuste une nouvelle obligation judiciaire plus conforme à la justice. Le juge fera ainsi un acte de justice s'accordant parfaitement avec sa fonction juridictionnelle. Or, la fonction de juge consiste à rendre la justice, à tenir la balance égale entre deux parties.

En révisant une obligation contractuelle, le juge éteint celle-ci et en fait naître une nouvelle. Ce jugement est novateur, constitutif et source d'obligation. C'est là la formule de la théorie de l'obligation judiciaire.

par exemple, réduire le taux des intérêts. Tout dépend du contenu de la révision.

En résumé, puisque le juge dispose et de l'obligation ancienne et de l'obligation nouvelle, les effets du jugement constitutif d'obligation seront dépendants de sa volonté dans les limites des théories générales de l'obligation et du jugement.

99. — *CONCLUSION.*

Le jugement constitutif d'obligation repose sur le pouvoir discrétionnaire du juge. Un tel pouvoir n'a rien de semblable avec le pouvoir politique, prétorien ou administratif. Au contraire, le pouvoir discrétionnaire du juge s'accorde parfaitement avec son rôle juridictionnel. D'ailleurs, le juge ne saurait réviser un contrat sans délégation expresse de la loi ou de la jurisprudence, celle-ci étant source du droit positif.

En effet, notre thèse ne sera pas favorable à considérer ces jugements comme de véritables jugements constitutifs.

Néanmoins, la théorie de l'obligation judiciaire, en s'emparant de la notion du jugement constitutif, lui rend un service vital ; elle lui sauve la vie dans un moment critique où son existence a été sérieusement mise en question. En effet, il a été hâtif de prendre une position contre l'idée du jugement constitutif dans un temps où l'activité du juge s'accroît de plus en plus. Or, c'est dans cette activité que réside la force constitutive du jugement.

98. — *LES EFFETS DU JUGEMENT CONSTITUTIF D'OBLIGATION.*

Comme toutes les autres, l'obligation judiciaire est soumise aux règles générales de l'obligation. Cependant, l'obligation reste toujours attachée à sa source, soit dans son existence, soit dans ses effets.

Ainsi, l'existence de l'obligation judiciaire est dépendante de celle du jugement. Ce sont les règles de la formation du jugement et sa nullité qui disposent du sort de l'obligation judiciaire.

Au point de vue des effets, l'obligation judiciaire profite des effets spéciaux du jugement, surtout ceux de l'autorité de la chose jugée, la force exécutoire et la prescription trentenaire. Quant à son autorité, le jugement constitutif ne diffère en rien du jugement déclaratif. Il s'agit toujours d'une autorité relative. Or, le contrat est l'acte créateur par excellence, et cela n'empêche pas sa soumission au principe de la relativité.

La date de ses effets est commandée par le fait que l'obligation judiciaire succède à une obligation contractuelle modifiée ou éteinte. Quelquefois, la modification ne saurait être conçue sans être étendue au jour même de la conclusion du contrat. Tout dépend du contenu même de la modification.

D'ailleurs, les accessoires et les sûretés de l'obligation contractuelle ne s'éteignent pas par la novation judiciaire. Il en va ainsi pour la novation judiciaire du droit romain. Au contraire, le jugement crée parfois des garanties nouvelles. Mais, ici encore, la modification peut atteindre les accessoires ou les sûretés. Le juge peut,

---

des jugements en matière civile, Thèse, Paris, 1912 ; R. Japiot, *Traité élémentaire de procédure*, op. cit., pp. 139-141 ; G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, op. cit., p. 459 ; H. Roland, *Chose jugée et tierce opposition*, Thèse précitée, p. 439 ; L. Boyer, *Des effets des jugements à l'égard des tiers*, in Rev. trim. de dr. civil, 1951, pp. 181-185 ; R. Merle, *Essai de contribution à la théorie de l'acte déclaratif*, Thèse précitée, p. 86.

selon laquelle le jugement s'analyse souvent (171) en deux éléments : une constatation déclarative qui forme par elle seule l'acte juridictionnel et une décision constitutive qui forme un acte administratif s'ajoutant au premier. Le jugement sera ainsi un acte complexe et constitutif (172). Nous ne pouvons pas non plus accepter la distinction proposée par M. R. Merle entre jugement indicatif et jugement impératif. Selon lui, le premier relève du pouvoir judiciaire du juge (jurisdictio), tandis que le deuxième relève de son imperium (173).

Ainsi, si l'on s'écarte de telles idées, il ne reste qu'à affirmer que la nature juridictionnelle du jugement ne répugne pas à la nation du jugement constitutif. Bien que les jugements soient généralement déclaratifs des droits préexistants, il y a d'autres jugements qui sont constitutifs. Le critère du jugement constitutif d'obligation doit être cherché dans l'activité du juge, et surtout dans son pouvoir discrétionnaire. Et s'il n'est pas nécessaire que l'idée du jugement constitutif d'obligation soit identique à celle des jugements rendus en matière d'état ou de capacité, cependant il nous semble difficile d'admettre un jugement constitutif ne reposant pas sur le pouvoir discrétionnaire de son auteur. Ainsi, quant à cette dernière catégorie où le pouvoir discrétionnaire du juge fait défaut, il y a lieu encore de se demander sérieusement s'il s'agit des véritables jugements constitutifs comme l'affirment les uns (174), ou si « l'idée de jugement constitutif n'est qu'un expédient pour résoudre des problèmes difficiles », selon l'expression de M. Esmein (175) ?

---

(171) Selon lui, il y a des cas où le jugement consiste en une simple constatation sans décision. (L. Boyer, *La notion de transaction*, Thèse précitée, pp. 461, 462).

(172) Idem, pp. 450, 454, 455, 459, 460.

(173) R. Merle, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*. Thèse précitée, pp. 112 et s. — En effet, M. Merle n'a pas été heureux dans son inspiration du droit romain, car non seulement l'imperium du prêteur n'existe plus en droit moderne, mais aussi en droit romain même le magistrat ne prononce aucun jugement selon son imperium. Le jugement gracieux nommé impartif par M. Merle et fondé selon lui sur l'imperium du juge (idem, p. 112), relève en droit romain même de la juridiction du prêteur. En droit romain, la juridiction gracieuse fait partie aussi de la jurisdictio (R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., T. 1, p. 131 ; A.-E. Giffard, *Précis de droit romain*, op. cit., T. 1, p. 89).

(174) L. Mazeaud, *De la distinction des jugements déclaratifs et jugements constitutifs du droit*, op. cit., pp. 24 et s. ; R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, op. cit., p. 450 ; E. Garsonnet et Ch. Cézar-Brun, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, op. cit., p. 477 ; E. Glasson, R. Morel et A. Tissier, *Traité*, op. cit., p. 90 ; P. Roubier, *Droit subjectif et situations juridiques*, op. cit., p. 325.

(175) P. Esmein, *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*, Thèse précitée, p. 244 ; Adde, P. Esmein, *note*, J.C.P., 1949, 2, 4911. Parmi les adversaires de l'idée du jugement constitutif, dans son sens classique, on peut citer : H. Montagne, *De l'effet déclaratif ou constitutif*

la balance égale entre les deux parties » ([168]). C'est là l'acte juridictionnel. L'élément qui caractérise le contentieux, c'est un différend ou un litige entre deux parties ([169]) (critère matériel). Ce différend doit être soumis à un homme du juste milieu (critère formel). L'acte émanant de cet homme pour régler ce différend, selon la justice, c'est l'acte juridictionnel. La justice rendue par le juge est celle définie par les sources différentes du droit positif, ou par le juge lui-même en cas de lacune de celles-ci. L'analyse du Philosophe mettrait-elle fin au débat ? Espérons-le.

97. — *LA DESTINEE DE LA THEORIE DU JUGEMENT CONSTITUTIF.*

L'étude la plus récente en la matière, celle de M. P. Raynaud, révèle combien la notion du jugement constitutif est dépendante de la théorie de l'acte juridictionnel. Une question sur laquelle « le débat demeure ouvert » est celle de savoir si l'effet constitutif du jugement relève du rôle juridictionnel du juge ou d'un autre pouvoir appartenant à celui-ci qui serait prétorien ou administratif ([170]).

La grande partie de cette section a été consacrée à la réponse à cette question. *Il n'y a aucun lien entre l'idée du jugement constitutif et l'idée du pouvoir prétorien ou administratif.* Nous avons déjà vu que, en droit romain, le jugement émanant du juge et non pas du préteur fut novateur, constitutif et source d'obligation. Ainsi, le droit romain lui-même ne fait aucun rapport entre l'effet constitutif du jugement et l'imperium du préteur. Le pouvoir du préteur est une pure question de sources du droit objectif.

En droit moderne, comme nous l'avons déjà vu, il n'est plus question d'un pouvoir prétorien ni pour le juge, ni même pour la jurisprudence dans son ensemble. Quant au pouvoir administratif, nous avons déjà affirmé l'unité du jugement de la jurisprudence judiciaire. Le jugement ne contient aucun élément administratif. Il est purement juridictionnel et dans sa constatation et dans sa décision. Ni le pouvoir discrétionnaire, ni le pouvoir créateur ne le transforment en acte administratif. Ainsi, nous ne pouvons pas admettre l'idée de M. L. Boyer, empruntée à certains publicistes,

---

(168) *Ibid.*, 5, 4, 8.

(169) MM. Marty et Raynaud démontrent fort bien que le litige existe effectivement dans toute activité juridictionnelle. (G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, T .1, p. 312).

(170) P. Raynaud, *La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs*, op. cit., p. 392 ; Adde, pp. 377, 379, 383, 384.

caduques la plupart des théories déjà élaborées (160). Or, l'action en révision est indépendante de tout droit subjectif. De plus, elle est dressée contre un droit subjectif préexistant, mais injuste (161). Le juge n'assure pas la protection de celui-ci, mais il le modifie dans le sens de la justice. Le juge ne se borne pas à une simple constatation d'un droit préexistant, mais il crée un droit nouveau. La décision du juge n'est pas une conséquence logique de la constatation, mais une conséquence volontaire dépendante de son appréciation.

Ainsi, l'acte juridictionnel n'est pas une simple constatation munie de la force de la vérité légale, comme le croit Jèze (162). La décision n'est pas toujours une conséquence logique et nécessaire de la constatation, comme le dit Duguit (163). Il ne s'agit pas toujours de la protection d'un droit subjectif comme le croient Artur (164), Bonnard (165), Vizioz (166), entre autres.

En effet, il serait vain d'espérer trouver chez l'un des juristes modernes une définition satisfaisante de l'acte juridictionnel. Tout d'abord, il faut admettre que le mécanisme de l'acte juridictionnel est dépendant de la conception du monde dans un pays déterminé. Or, la fonction du juge dans une Allemagne naziste ou dans une Russie communiste ne sera pas la même que celle du juge français ou égyptien. Soit en Egypte, soit en France, la conception de l'homme existant n'exige qu'une seule chose : la justice. Plus nous réfléchissons, plus nous nous attachons à l'analyse aristotélicienne de la fonction du juge. Lisons le Philosophe. « Lorsque quelque *différend* se produit entre les hommes, ils ont recours au juge. Aller trouver celui-ci, c'est aller devant la justice, car le juge entend être, pour ainsi dire, la justice incarnée..., *l'homme du juste milieu* » (167). Mais alors, quel sera l'acte de cet homme du juste milieu devant ce différend ? « Le juge, dit le Philosophe, *maintient*

---

(160) Nous entendons, ici, les théories de la conception matérielle de l'acte juridictionnel, car rien n'a changé quant à la forme du jugement.

(161) Certains auteurs admettent l'idée d'une action indépendante du droit. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., T. 2, p. 433 ; M. Hauriou, *Les éléments du contentieux*, in Recueil de législation de Toulouse, 1905, p. 41; P. Roubier, *Droit subjectif et situations subjectives*, op. cit., pp. 74, 296, 297, 298. Cependant, personne n'a jamais parlé d'une action dressée contre un droit subjectif.

(162) G. Jèze, *L'acte juridictionnel*, op. cit., pp. 667 et s.

(163) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., T. 2, p. 443.

(164) Arthur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, op. cit., pp. 226, 237.

(165) R. Bonnard, *La conception matérielle de la fonction juridictionnelle*, op. cit., pp. 27-29.

(166) Vizioz, *Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française de droit public*, 1931, p. 49.

(167) Aristote, *Ethique de Nicomaque*, 5, 4, 7.

ne serait-il pas législatif ou juridictionnel ? Ainsi, M. Hébraud répond à lui-même. « Mais on ne peut, justement, ajoute-t-il, oublier que cet agent est, et ne peut être, qu'un juge, que le pouvoir d'agir ainsi sur les droits privés ne peut être que l'exercice d'une fonction juridictionnelle, distincte de la fonction administrative proprement dite » (156). Voïci la seule vérité. Il faut affirmer l'unité du jugement judiciaire.

Celui-ci s'analyse en deux éléments : constatation et décision, mais il ne se compose pas des deux actes distincts. Le jugement est purement juridictionnel quant à ses deux éléments. Il ne contient aucun élément administratif. Spécialement, ni le pouvoir discrétionnaire du juge, ni l'effet créateur du jugement, ne le transforment en acte administratif. Tout cela relève de l'acte juridictionnel.

D'ailleurs, ceux qui reconnaissent l'acte administratif dans le jugement ont le tort d'utiliser un concept qu'ils ne peuvent pas eux-mêmes définir. Or, quel est l'acte administratif ? Quel est son critère ? Puissance publique, service public ou gestion publique avec son caractère « exorbitant », etc... ? En effet, on est « encore au stade de la recherche et des tâtonnements plus qu'à celui des certitudes » (157). « Le droit administratif est en perpétuelle évolution, comme s'il n'avait pas terminé sa croissance » (158). Or, comment peut-on reconnaître dans le jugement une chose qu'on ne connaît pas ou qu'on connaît mal ? Aucune réponse.

Le jugement de la jurisprudence judiciaire est purement juridictionnel, sans aucun élément législatif ou administratif.

96. — *LA DESTINEE DE LA THEORIE DE L'ACTE JURIDICTIONNEL.*

La théorie de l'acte juridictionnel ne connaît pas encore sa formule définitive. Des auteurs expriment leur « déception » à l'égard de tous les efforts déjà entrepris (159). Aujourd'hui, la théorie de l'obligation judiciaire vient présenter un élément nouveau et décisif dans le débat pour l'acte juridictionnel. Un élément qui rendra

(155) P. Hébraud, *L'acte juridictionnel*, op. cit., p. 144, note 2.

(156) P. Hébraud, *L'acte juridictionnel*, op. cit., p. 144, note 2.

(157) A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, op. cit., p 49.

(158) M. Waline, *Droit administratif*, op. cit., p. 102.

(159) M. Waline, *Du critère des actes juridictionnels*, in Rev. du dr. public, 1933, p. 572 ; H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, op. cit., T. 1, p 440.

l'union dite logique entre la constatation de la décision. « La décision toute seule, dit Duguit, est un acte administratif ; Jèze le reconnaît » ([151]). En effet, cette idée sert à établir, soit la séparation, soit l'indivisibilité des deux éléments. Elle ne sert à rien. Cependant, elle a été reproduite par une grande partie de la doctrine comme si la chose va de soi ([152]).

En réalité, il faut distinguer le jugement administratif du jugement judiciaire. Le premier est tout entier un acte administratif. Il s'agit d'un acte juridictionnel administratif, et il y aura simplement lieu de le séparer de l'acte de l'administration active. La raison en est que le Conseil d'Etat fait toujours partie de l'administration ([153]). Tout cela reste sans influence sur le jugement de la jurisprudence judiciaire. Les questions soulevées par les publicistes « n'ont pas de sens en droit privé », comme le dit le doyen Roubier ([154]). Le jugement judiciaire ne contient aucun élément administratif. Ceux qui s'accordent à considérer la décision comme un acte administratif s'occupent peu de prouver leur avis. A notre connaissance, le seul auteur qui a essayé de démontrer la chose, c'est M. Hébraud. Lisons-le. « Ce qui est propre à l'acte juridictionnel, dit-il, ...et l'apparente à un acte administratif, c'est qu'au lieu de puiser sa force dans la volonté des intéressés eux-mêmes, manifestée dans des conditions variées, il procède toujours de l'autorité d'un agent public, agissant dans l'exercice de sa compétence » ([155]). L'argument de M. Hébraud n'est point convaincant, car il signifie que tout acte non-émanant d'une volonté particulière ou se fondant sur elle sera fatalement administratif. Mais pourquoi

---

(151) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., T. 2, p. 443.

(152) R. Bonnard, *La conception matérielle de l'acte juridictionnel*, op. cit., p 24-25 ; R. Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Thèse précitée, p. 150 ; L. Boyer, *La notion de la transaction*, Thèse précitée, pp. 450 et s. ; P. Hébraud, *L'acte juridictionnel et la classification du contentieux à propos de la condamnation pénale*, in Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, pp. 144, 147, 148 ; P. Cuche et J. Vincent, *Procédure civile et commerciale*, Précis Dalloz, 1960, p. 70.

(153) R. Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, 1899, pp. 12, 21, 51, 205, 210 ; Carré de Malberg, *Contribution à la théorie de l'Etat*, op. cit., T. 1, p. 774-775. Selon lui, « la doctrine presque unanime se prononce-t-elle en ce sens », et il cite Duguit, Esmein, La Ferrière, entre autres ; Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 382 ; J. Mabileau. *De la distinction des actes d'administration active et des actes administratifs juridictionnels*. Thèse, Paris, 1943, p. III, Comp. Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, in Rev. du dr. public, 1900. Selon lui, l'opinion contraire « confond deux choses très distinctes : l'unité du pouvoir judiciaire et la séparation du pouvoir judiciaire d'avec les deux autres ». *(Ibid.*, p 232).

(154) P. Roubier, *Droit subjectif et situations juridiques*, op. cit., p. 296 Dans le même sens, P. Lampué, *La notion d'acte juridictionnel*, in Rev. du dr. public, 1946, p. 55-56 ; H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, op. cit., T. 1, p. 426-427.

Bref, l'acte administratif ne se caractérise pas par son pouvoir créateur. Ainsi, l'effet créateur de l'acte juridictionnel n'est pas de façon à le transformer en acte administratif.

*

95. — *LE JUGEMENT JUDICIAIRE NE CONTIENT AUCUN ELEMENT LEGISLATIF OU ADMINISTRATIF : L'UNITE DU JUGEMENT.*

On croit que le jugement contient quelquefois un élément législatif. Cette idée est partagée par des partisans du critère matériel de l'acte juridictionnel, ainsi que par des partisans du critère formel. Ainsi, Bonnard croit que la décision dans le jugement constitue parfois un acte-règle de nature législative. C'est seulement l'incorporation de la décision dans la constatation qui fait de celle-ci un acte complexe, mais complètement juridictionnel (147). Mais on ne comprend pas pourquoi cette même incorporation ne transforme pas l'acte en acte complètement législatif. Pour quelle raison l'élément juridictionnel l'emporte sur l'élément législatif ? Ainsi, Carré de Malberg considère un tel acte comme purement législatif. Selon lui, un critère formel seulement peut le séparer de la loi (148).

La vérité n'est ni avec Bonnard, ni avec Carré de Malberg. Le jugement, selon l'idée irréfutable de F. Gény, peut créer une solution de droit, mais il ne crée point une règle du droit (149). L'acte juridictionnel n'a rien de semblable avec l'acte législatif (150).

Il est plus répandu encore de dire que l'élément (décision) dans le jugement forme un acte administratif, s'ajoutant à la constatation qui constitue par elle seule l'acte juridictionnel. Nous savons que cette idée a été lancée par Jèze pour résoudre les difficultés résultant de sa définition de l'acte juridictionnel. Ensuite, elle a été reprise par Duguit pour une raison semblable, celle de justifier

(147) R. Bonnard, *La conception matérielle de la fonction juridictionnelle*, in Mélanges Carré de Malberg, 1933, p. 24-25. Selon d'autres duguistes, l'acte juridictionnel forme une quatrième catégorie à côté de l'acte-règle, l'acte-condition et l'acte subjectif ; c'est l'acte-contentieux. (M. Réglade, *La place de la convention dans une classification des actes juridiques*, in Arch. de phil. du dr., 1940, p. 167).

(148) Carré de Malberg, *Contribution à la théorie de l'Etat*, op. cit., p. 752.

(149) F. Gény, *Méthode d'interprétation*, op. cit., T. 1, pp. 202, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219 ; T. 2, pp. 35, 288, 322, 370.

(150) A moins que l'on admette qu'une solution du droit constitue une norme individuelle dans un système juridique moniste comme le fait Kelsen. Selon lui, l'acte juridictionnel se compose et de la constatation et de l'ordre. La réunion des deux éléments crée une norme individuelle. (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., pp. 318 et s.).

94. — *LE POUVOIR CREATEUR N'EST PAS PARTICULIER A L'ACTE ADMINISTRATIF.*

Si le pouvoir discrétionnaire n'est pas une exclusivité de l'acte administratif, le pouvoir créateur n'est même pas une particularité de celui-ci. Ainsi, l'idée lancée par Jèze selon laquelle l'acte juridictionnel ne crée rien, que la création résultant quelquefois du jugement doit être attribuée à un acte administratif s'ajoutant à l'acte juridictionnel [143], est destinée, en réalité, à envisager les difficultés suscitées par sa définition de l'acte juridictionnel : constatation munie de la force de vérité légale. La vérité en est autrement. L'acte juridictionnel n'est pas une simple constatation. Il peut être créateur sans rien emprunter à l'acte administratif. On peut même soutenir que plus l'acte juridictionnel est créateur, moins il est administratif. Or, nous avons déjà vu que le juge crée, en cas de lacune de la loi, une solution du droit. En revanche, l'administration ne peut rien créer en pareil cas. « L'administrateur, dit Carré de Malberg, ne peut prendre d'autres décisions ou mesures que celles prévues et autorisées par la loi ; cette condition de légalité a eu pour effet, dans l'Etat actuel, de limiter la puissance de l'autorité administrative, parfois même de réduire cette autorité à l'impuissance et à l'inaction » [144].

D'autre part, nous avons pu démontrer, au long de ce travail, que le droit délègue quelquefois au juge le pouvoir de créer des obligations judiciaires. En revanche, nous ne connaissons pas encore l'obligation administrative. L'exemple de celle-ci, donné par Jèze (rôle d'impôt) [145], n'est pas convaincant, car la source de l'obligation de payer l'impôt c'est la loi et non pas l'administration. Aussi, les exemples donnés par Duguit à des actes administratifs unilatéraux concernent seulement les cas où l'administration s'oblige par sa volonté unilatérale comme les particuliers [146]. Il ne s'agit pas d'une obligation imposée par l'administration à une autre personne. Il se peut que l'administration crée des obligations, mais jusqu'à maintenant les juristes et surtout les civilistes ignorent l'obligation administrative. Il faut une étude spéciale pour démontrer son existence.

---

(143) G. Jèze, *L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux*, in Rev. du dr. public, 1909, pp. 681-682.

(144) R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie de l'Etat*, op. cit., T. 1, p. 706.

(145) G. Jèze, *L'acte juridictionnel*, op. cit., p. 682.

(146) L. Duguit, *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, in Rev. du dr. public, 1906, p. 445.

quant au *contenu de la décision*. Le juge peut, selon le texte, « réduire dans une mesure raisonnable l'obligation devenue excessive ». Et il suffit, pour conclure à l'application discrétionnaire d'une règle, que l'une seulement de ces opérations soit ainsi. Cependant, il faut remarquer que la première opération, celle de la constatation, suscite souvent une question de qualification soumise au contrôle de la Cour suprême (138). Ce sont spécialement la deuxième opération, celle de la prise d'une décision, et aussi la troisième, celle de la détermination du contenu de celle-ci, qui caractérisent le pouvoir discrétionnaire (139).

Le pouvoir discrétionnaire ainsi analysé ne sert pas à distinguer l'acte juridictionnel de l'acte administratif, car tous les deux pourraient être descrétionnaires ou liés. Il n'est pas vrai que l'administration jouisse d'un « pouvoir absolu et discrétionnaire » (140).

Or, l'administration est soumise au principe de la légalité dans le sens que tous ses actes doivent être conformes à la loi. Il s'agit de l'application de la loi. En exerçant sa fonction, l'administration joue quelquefois d'un pouvoir discrétionnaire et quelquefois sa compétence est liée (141). Et il en va de même pour la fonction judiciaire. On a pu même soutenir que la liberté d'appréciation est une exclusivité de la fonction juridictionnelle étrangère à l'administration. « La juridiction, c'est la notion que je proposerai, dit M. Carbonnier ; c'est un doute, un doute qui décide dans un conflit humain. Que l'administrateur se prenne à douter avant de décider, et son activité tendra fatalement à devenir juridictionnelle. Réciproquement, qu'un juge cesse de douter, par l'habitude acquise, et sa juridiction revêtira l'aspect mécanique d'une administration » (142).

Nous nous bornons à conclure que le pouvoir discrétionnaire ne transforme pas le jugement en acte administratif.

---

(138) G. MARTY, *La distinction du fait et du droit*, Thèse, op. cit., p. 213.

(139) Bien que notre analyse de la notion du pouvoir discrétionnaire soit différente de celle du doyen Marty, cependant notre conclusion approche beaucoup de la sienne. Il y a selon lui un pouvoir dsicrétionnaire quand le texte contient le mot « pourra » et ses semblables (idem, p. 272), ce qui correspond à la deuxième opération dans notre analyse. Il y a aussi, selon lui, un pouvoir discrétionnaire quand le législateur laisse au juge le soin « d'individualiser » la sanction (idem, p. 274), ce qui correspond à la troisième opération dans notre analyse.

(140) E. GLASSON, *note* sur Cass. 3 avril 1895, D. 1896, 1, 5 ; Adde, H. ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition*, Thèse, Lyon, 1958, p. 292.

(141) R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie de l'Etat*, T. 1, pp. 763, 769 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., T. 2, pp. 384 et s. ; G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., pp. 368 et s. ; DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, op. cit., p. 217.

(142) J. CARBONNIER, *Le procès et le jugement*, Cours précité, p. 162.

93. — *L'ANALYSE DE LA NOTION DE POUVOIR DISCRETIONNAIRE : NOTION NON EXCLUSIVE A L'ACTE ADMINISTRATIF.*

Comme nous l'avons déjà dit, la jurisprudence crée des règles de droit, sans posséder pourtant aucun imperium, aucun pouvoir politique ou gouvernemental.

A fortiori, le jugement n'en a pas. Le pouvoir discrétionnaire de réviser un contrat lui est toujours délégué expressément par le droit. Il s'agit d'une application du droit. Ce pouvoir discrétionnaire n'est pas de nature à transformer le jugement en acte administratif. En effet, le pouvoir discrétionnaire n'est pas une exclusivité de l'acte administratif. Toute application du droit, soit administrative, soit juridictionnelle, pourrait être discrétionnaire ou liée. Mais qu'est-ce que signifie une application discrétionnaire du droit ? Toute règle du droit s'analyse en deux éléments : hypothèse et solution. Toute application du droit s'analyse en deux éléments : constatation et décision. La constatation consiste à introduire le fait envisagé dans l'hypothèse d'une règle déterminée. La décision consiste à soumettre ce fait à la solution de la même règle. Si la décision est une conséquence nécessaire et logique de la constatation, l'application de la règle ne sera pas discrétionnaire. En revanche, si la décision ne découle ni nécessairement, ni logiquement de la constatation, si elle est dépendante de la volonté de l'organe qui applique la règle, l'application sera discrétionnaire.

Dans le premier cas, l'opération consiste à un syllogisme selon lequel on peut savoir d'avance quelle sera la décision. En revanche, dans le deuxième cas, personne ne peut savoir la décision avant l'intervention de l'organe qui applique la règle. Le pouvoir discrétionnaire dépend du mode de l'élaboration de la règle elle-même, de ce qu'elle est souple ou rigide. C'est seulement la règle souple formulée dans des termes élastiques (standards), qui s'applique discrétionnairement. La règle peut être souple soit dans son hypothèse, soit dans sa solution, soit dans le rapport entre les deux. Ainsi, le pouvoir discrétionnaire peut exister dans les trois opérations de l'application : la constatation, la prise d'une décision, le contenu de celle-ci. Prenons l'exemple de l'article 147, alinéa 2, du Code civil égyptien consacrant la théorie de l'imprévision. Le juge a un pouvoir discrétionnaire quant *à la constatation* de ce que l'exécution de l'obligation « devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante ». Il a aussi un pouvoir discrétionnaire quant *à la prise d'une décision*. « *Le juge peut*, dit le texte, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, etc... ». Il a de plus un pouvoir discrétionnaire

sont consacrés par la loi, la source la plus importante du droit positif. La jurisprudence en tant que source du droit peut créer des obligations jurisprudentielles, comme l'obligation de sécurité dans le contrat du transport. De même, elle peut déléguer au juge un pouvoir discrétionnaire de créer des obligations judiciaires, comme le pouvoir de réviser les contrats des professionnels.

En dehors des cas de délégation expresse de la loi ou de la jurisprudence, le juge ne saurait réviser un contrat au nom de la justice ou de l'équité, à moins que ce jugement puisse former une jurisprudence. Mais avant l'établissement d'une telle jurisprudence, le jugement statuant selon la justice et sans délégation précédente déroge au droit et mérite la censure de la Cour suprême (137). En effet, il n'y a pas une règle générale qui permet au juge de réviser les contrats injustes. Au contraire, la règle générale c'est que le contrat fait la loi des contractants. Les applications du jugement constitutif d'obligation sont des exceptions à cette règle. Mais cela n'empêche pas que le jugement, dans les limites de ces applications, est une *source générale de l'obligation*. Or, le jugement crée l'obligation selon la règle suivante : *toute révision nécessaire, impérative et judiciaire du contrat, crée une obligation judiciaire.* La délégation précédente n'est que l'une des conditions de l'application de cette règle. D'ailleurs, toutes les autres sources des obligations doivent remplir certaines conditions pour produire des effets. A cause de ces conditions, les applications de chaque source d'obligations sont plus ou moins limitées.

Ainsi, il n'existe pas une source unique des obligations, mais plusieurs sources. Et chacune de celles-ci, sans être la source unique, est cependant une source générale de l'obligation tant que ses applications répondent à une même idée.

---

(137) L'arrêt du 12 juin de la Cour d'appel de Paris (Gaz. Pal. 1963.2.20) donne un exemple remarquable d'une révision judiciaire sans délégation expresse du droit objectif. Il s'agit de la révision des contrats conclus entre les promoteurs de constructions et les souscripteurs afin de les adapter à l'engagement pris par les premiers envers l'Administration de limiter leur marge bénéficiaire à un pourcentage déterminé. La Cour d'appel éprouva beaucoup de mal pour la justification de son arrêt. Elle invoqua plusieurs considérations qui ne sont pas toujours compatibles les unes aux autres (engagement unilatéral du promoteur envers l'administration, obligation administrative imposée par la volonté unilatérale de l'administration aux promoteurs, la nature complexe et particulière du rapport entre les promoteurs et les souscipteurs... etc.). En réalité, l'arrêt de la Cour d'appel ne constitue pas encore une jurisprudence. Mais si elle y arrive un jour — ce qui n'est pas improbable étant donné la considération de justice en question — il n'y aura plus besoin d'invoquer de pareils arguments. Mais jusqu'alors, l'arrêt de la Cour d'appel ne sera pas bien fondé.

ses parties ? La vérité transige-t-elle ? « On a hâtivement conclu, dit M. Carbonnier, au gouvernement des juges » ([133]). Une telle idée n'est pas vraie, ni en France, ni en Egypte.

Il est plus répandu encore de parler du pouvoir prétorien de la jurisprudence. Presque tous les auteurs se servent de cette expression pour désigner la contribution de la jurisprudence à la création du droit. Pourtant, le droit jurisprudentiel d'aujourd'hui n'a rien de semblable avec le droit prétorien. Il est de simple vérité du droit romain que le droit prétorien a été créé par des édits émanant de préteurs et spécialement par l'édit perpétuel du préteur urbain. En revanche, la jurisprudence d'aujourd'hui ne prononce point par voie des règlements ou des édits. Il est de simple vérité du droit romain que le préteur ne prononce pas ses édits en exerçant sa fonction judiciaire (jurisdictio), mais en exerçant son imperium. Or, l'imperium désigne une fonction politique et administrative.

Le droit romain connaît la séparation matérielle des fonctions, mais non pas la séparation formelle des pouvoirs. Le préteur est à la fois magistrat et gouverneur. « Les édits émanant de ceux qui ont le droit d'édicter » ([134]), dont parle Gaïus, relèvent du pouvoir politique du préteur, un pouvoir que la jurisprudence moderne n'a pas. Comment peut-on donc assimiler notre droit jurisprudentiel à un droit créé par des édits émanant du gouverneur et affichés au Forum de la Cité ? En effet, le terme du pouvoir prétorien est moins valable pour le langage juridique que pour le langage des sciences politiques. Ainsi, M. Duverger consacre la grande partie de son livre « De la dictature » pour expliquer ce qu'il appelle « la dictature prétorienne », « la forme la plus fréquente et la plus menaçante » de « la dictature technique » ([135]).

Bref, la jurisprudence crée le droit. Mais il ne s'agit ni d'impérialisme, ni du pouvoir prétorien, ni du gouvernement des juges.

92. — *LA DELEGATION EXPRESSE DU POUVOIR DE REVISION.*

Le juge ne saurait réviser un contrat sans délégation expresse du droit positif. Une telle délégation ne peut être donnée que par la loi ou la jurisprudence ([136]). La majorité des cas de la révision

---

(133) J. Carbonnier, *Le procès et le jugement*, Cours précité, p. 267.

(134) Gaïus, Inst. 1, 2.

(135) M. Duverger, *De la dictature*, Paris, 1961, p. 82.

(136) En effet, il est inconcevable que le juge reçoive cette délégation de la coutume. Or il est inconcevable que l'activité du juge fasse l'objet de la coutume du peuple.

trine comme une source du droit, tandis que le fait jurisprudentiel est aujourd'hui unanimement admis ([128]).

La seule condition de l'établissement d'une jurisprudence est sa conformité à la conception du monde dominant dans le pays, ce que peut être déduit du consensus des hommes de la loi (juges, juristes, etc...).

91. — *IL NE S'AGIT NI DU POUVOIR PRETORIEN NI DU GOUVERNEMENT DES JUGES.*

Il nous semble nécessaire de bannir tous les termes contribuant à la complication de notre problème. Ainsi, il est inadmissible de parler « de l'impérialisme du juge », comme le fait M. Maline ([129]) ou M. Dupeyroux ([130]). Or, l'impérialisme a dans les sciences politiques une signification qui n'a rien à voir avec la fonction du juge. Il n'est pas admissible non plus de parler du gouvernement des juges, comme le font MM. Lambert, H. de Page et Rivero, dans leurs études intitulées de cette expression même ([131]). En réalité, si les pouvoirs ne sont pas complètement séparés, il n'en est pas moins vrai qu'ils ne sont pas complètement confondus. L'expression du gouvernement des juges aboutit à une confusion des pouvoirs non seulement indésirable, mais aussi inexistante. Or, gouverner, comme le dit M. Rivero lui-même, « c'est agir dans et sur le présent ». « Au plan politique », ajoute-t-il, « il serait *donc absurde* de surestimer les conséquences de l'attitude qu'on vient d'analyser » ([132]). Comment admettrait-on une thèse qui serait absurde dans une de

---

(128) Autre que les auteurs précités, Cf. H. Capitant, *Les transformations du droit civil français*, op. cit., p. 64 ; Ed. Lambert, *Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, op. cit., p. XVI ; J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif*, p. 109 ; J. Dabin, *La définition du droit à propos d'une étude récente*, op. cit., p. 203 ; G. Marty, *Rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, op. cit., pp. 87 et s. ; Ch. Eisenmann, *Discussion sur le rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi*, in Travaux Capitant, 1949, pp. 73 et s. ; H. de Page, *A propos du gouvernement des juges*, op. cit., p. 148 ; P. Roubier, *Théorie générale du droit*, op. cit., pp. 8, 86 ; P. Durand, *La connaissance du phénomène juridique et la tâche de la doctrine moderne du droit privé*, D. Ch. 1956, 73 ; Rivero, *Le juge administratif français : un juge qui gouverne*, D. Ch. 1951, 21 ; Del Vecchio, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 306.

(129) M. Waline, *Droit administratif*, 1959, p. 632.

(130) O. Dupeyroux, *La jurisprudence source abusive du droit*, op. cit., p. 374. Et M. Dupeyroux emprunte cette formule, dit-il, à M. André Decencière (*Ibid.*).

(131) Lambert consacre, en effet, son étude au droit des Etats-Unis. Mais c'est peut-être lui qui a forgé l'expression.

(132) J. Rivero, *Le juge administratif français : un juge qui gouverne*, D. Ch. 1951, 24.

Mais peut-être serait-il un peu exagéré de considérer la force de la jurisprudence égale à celle de la loi, de parler d'un « équilibre des règles de droit légales et des jurisprudences discrétionnaires », comme le fait Hauriou [120]. Il serait plus vrai d'admettre la subordination de la jurisprudence à la loi, car une loi nouvelle peut réduire à néant une jurisprudence antérieure [121]. Mais cela n'affecte point la force créatrice de la jurisprudence, car il en va de même pour une loi antérieure.

D'ailleurs, M. Carbonnier, en considérant la jurisprudence comme « un phénomène d'autorité » et non pas « un phénomène de création de la règle du droit », se fonde sur le fait « qu'un juge ne se borne, n'a même pas le droit de se borner à citer la jurisprudence de la Cour de Cassation sans donner d'autres motifs » [122]. Cependant, la remarque de M. Carbonnier est contestée par d'autres auteurs. « Les arrêts, dit M. Perreau, invoquent, pour motiver leur solution, la jurisprudence établie, comme on invoque la loi... La Cour de Cassation ne se prive pas d'employer ce procédé. Elle a même une formule très courante pour se référer à sa jurisprudence constante, et dit : « il est de principe que... » [123]. Et M. Boulanger confirme l'observation de M. Perreau [124].

D'autre part, il faut considérer la jurisprudence comme une source autonome de formation du droit distincte de toute autre source. Ainsi, elle est distinguée de la loi et non pas incorporée à elle [125]. La jurisprudence ne se confond pas non plus avec la coutume [126]. En effet, toute confusion entre les sources du droit constitue une dérogation au principe suprême de la connaissance, le principe de raison.

D'ailleurs, le rôle de la jurisprudence n'est pas analogue à celui de la doctrine [127], car il est difficile de considérer la doc-

---

(120) M. Hauriou, *Police juridique et fond du droit,* op. cit., pp. 307-308.

(121) Boulanger, *Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi,* op. cit., p. 73 ; Boulanger, *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile,* op. cit., pp. 427-428 ; G. Ripert, *Les forces créatrices du droit,* op. cit., p. 391. Malgré quelques réserves, G. Ripert reconnaît le fait jurisprudentiel. (G. Ripert, *Le régime démocratique,* op. cit., pp. 47, 212 ; G. Ripert, *La règle morale,* op. cit., p. 34).

(122) J. Carbonnier, *Le procès et le jugement, Cours,* op. cit., pp. 363, 366.

(123) E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé,* op. cit., T. 1, pp. 68-69.

(124) Boulanger, *Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi,* op. cit., p. 66.

(125) Comp. E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé,* op. cit., T. 1, p. 109.

(126) Voir en la matière F. Gény, *Méthode d'interprétation,* op. cit., T. 2, p. 45 ; Waline, *L'individualisme et le droit,* op. cit., pp. 289 et s.

(127) Comp. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel,* op. cit., T. 1, pp. 164 et s.

des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur » (112), il ne manque pas de distinguer entre « la magistrature » et « les magistrats » en attribuant une certaine force « invisible » à celle-là et non pas à ceux-ci (113).

90. — *LA JURISPRUDENCE, SOURCE DU DROIT.*

En réalité, il faut distinguer entre jugement et jurisprudence. En cas de lacune de la loi, le jugement crée une solution mais pas une règle du droit. Mais en créant cette solution, le juge s'inspire toujours d'une règle générale qu'il découvre (114) d'après la conception du monde régnant dans son pays. La répétition de la même solution selon la même règle dans d'autres jugements formera une jurisprudence. La règle ainsi appliquée deviendra une règle jurisprudentielle. La force de la jurisprudence n'est pas invisible, comme le dit Montesquieu, mais elle est plutôt impersonnelle. Ainsi, il n'y a aucune concurrence entre un acte précis émanant de la jurisprudence et l'acte du législateur. Le principe de la séparation des pouvoirs, ou pour dire mieux la collaboration des pouvoirs, n'en souffre pas le moins du monde. « Il me semble donc, dit le doyen Maury, qu'aucun des principes du droit positif français n'exclut la jurisprudence des sources formelles du droit » (115). Et il en va de même pour le droit positif égyptien.

Et si la source jurisprudentielle est admise au point de vue théorique, elle l'est de plus au point de vue pratique (116). En Egypte, M. Al Sanhoury nous dit que la moitié des règles du nouveau Code civil est une création de la jurisprudence sous l'ancien Code (117). En France, le doyen Maury constate « que le « fait » jurisprudentiel est aujourd'hui unanimement reconnu » (118). Et même ceux qui voient en la jurisprudence une « source abusive du droit »..., « un nouveau ferment de décadence tout à la fois formelle et matérielle de la démocratie », ne contestent pourtant pas le fait jurisprudentiel (119).

---

(112) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Liv. 11, ch. 6.

(113) *Ibid.*, Liv. 11, ch. 6.

(114) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, T. 2, p. 294.

(115) J. MAURY, *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*, in Etudes Ripert, T. 1, p. 30.

(116) Comp. P. ESMEIN, qui distingue entre les deux points de vue, *La loi et la jurisprudence*, op. cit., p. 19.

(117) Al. SANHOURY, *El Wassit*, op. cit., T. 1, p. 70.

(118) J. MAURY, *Observations sur la jurisprudence*, op. cit., p. 28.

(119) O. DUPEYROUX, *La jurisprudence, source abusive de droit*, in Mélanges Maury, T. 2, pp. 357, 374, 377.

pas une règle du droit. C'était là la conclusion de F. Gény ([103]). Ainsi, l'œuvre créatrice du juge ne déroge point à un principe, même rigoureux, de séparation des pouvoirs ([104]). C'est ce principe qu'il faut examiner maintenant. En effet, les juristes ne sont plus satisfaits de la conclusion de F. Gény. « La position de Gény, dit M. Boulanger, est de toute évidence dépassée aujourd'hui » ([105]).

Dans le chapitre intitulé « Des trois pouvoirs dans tout gouvernement », le Philosophe enseigne : « Quand ces trois parties sont bien ordonnées, le gouvernement va nécessairement bien » ([106]). Il s'agit, pour lui, d'une collaboration plus que d'une séparation. D'ailleurs, John Locke, tout en exigeant la séparation des pouvoirs pour garantir la liberté ([107]), entend spécialement que le pouvoir législatif ne participe pas à l'exécution ; mais le contraire n'est pas vrai. Car, « lorsque le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif sont exercés séparément, dit-il, le bien de la société exige qu'on laisse certaines choses au jugement de celui qui détient le pouvoir exécutif. Les législateurs ne sauraient, en effet, prévoir tout ce qui peut être utile à la communauté et y pourvoir par des lois ; par suite, celui qui a la charge de faire exécuter les lois a également ~~le droit,~~ d'après la loi commune de la nature, d'utiliser le pouvoir qu'il détient pour le bien de la société, dans les nombreux cas où la loi civile n'a rien prescrit ; etc... » ([108]). La pensée de Locke est donc semblable à celle du Philosophe. Et quand Montesquieu vint plus tard demander que « le pouvoir arrête le pouvoir » ([109]), il entend lui aussi la collaboration des pouvoirs et non leur séparation. « Ces trois puissances, dit-il, devraient former un repos ou une inaction. Mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert » ([110]). Or, dit Hauriou, « aller de concert, qu'est-ce autre chose que collaborer ? » ([111]). Et même quand Montesquieu déclare dans une formule injustifiable que « les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi ;

---

(103) F. Gény, *Méthode d'interprétation*, op. cit., T. 2, p. 49.

(104) *Ibid.*, T. 1, pp. 202, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219 ; T. 2, pp. 35, 288, 322, 370.

(105) Boulanger, *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*, op. cit., p. 418.

(106) Aristote, *Politique*, Liv. 3, ch. 10.

(107) John Locke, *Essai sur le pouvoir civil*. « Ce serait, dit-il, une tentation trop forte pour la fragilité humaine, sujette à l'ambition, que de confier à ceux-là mêmes qui ont déjà le pouvoir de faire les lois celui de les faire exécuter... etc. » (Ch. 12, N° 143).

(108) John Locke, *Essai sur le pouvoir civil*, op. cit., ch. 14, N° 159.

(109) Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Liv. 11, ch. 4.

(110) *Ibid.*, Liv. 11, ch. 6.

(111) M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., 1929, p. 355 ; Adde, G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 360.

plénitude, ce qui sera injuste, mais positivement concevable. Positivement parlant, une telle interdiction n'existe ni en France, ni en Egypte. Admettre la laucune ne sera pas « permettre aux juges de substituer leurs propres conceptions politico-morales à celles du législateur », comme le croit Kelsen (97). Tout au contraire, le juge prononcera d'après la même conception du monde qui anime le législateur lui-même. Cela est vrai et pour les pays totalitaires et pour les pays démocratiques (98). Or, selon la conclusion du chapitre préliminaire de cette étude, la conception du monde dominante, soit en France, soit en Egypte, enseigne l'idée d'une justice suprême et d'une morale naturelle. Et c'est d'après ces visées que le juge envisagera la lacune de la loi écrite dans les deux pays.

Il nous faut maintenant éclairer un peu la notion même de la lacune. Or, celle-ci se réalise non seulement en cas du silence complet de la loi, mais aussi avec son existence, « La raison en est, dit le Philosophe, que toute loi est générale et que, sur des cas d'espèce, il n'est pas possible de s'exprimer avec suffisamment de précision souhaitable, la loi ne retient que les cas ordinaires, sans méconnaître d'ailleurs son insuffisance » (99). La lacune est donc inhérente au caractère général de la loi. En appliquant la règle générale aux cas particuliers, le juge fait une œuvre d'équité supérieure à la justice. Mais il ne faut pas perdre de vue que « ce qui est équitable, étant supérieur ou juste envisagé en particulier, est juste par cela même... Ainsi le juste et l'équitable sont identiques, et, quoique tous deux désirables, l'équité est cependant préférable » (100).

Par là, le Philosophe n'encourage aucun mouvement semblable à ceux du « Freies Recht », du phénomène Magnaud, d'impressionisme, ou du subjectivisme du juge..., etc. Tout au contraire, il se soulève énergiquement contre de telles idées adoptées par Platon. « Un guide, exempt de passion, dit-il, est toujours plus sûr que celui en qui les passions sont innées. Or, la loi en est exempte » (101). Et « quand elle a nettement exprimé son intention, elle laisse à la droiture des magistrats de juger et de régler les surplus » (102).

89. — *LA SEPARATION DES POUVOIRS.*

La lacune ainsi comprise exige donc une intervention créatrice du juge. Cependant, celui-ci créera une solution du droit mais non

(97) H. Kelsen, *Théorie pure du droit,* op. cit., p. 332.
(98) Cf. supra, N° 15.
(99) Aristote, *Ethique de Nicomaque,* 5, 10, 4.
(100) *Ibid.*, 5, 10, 2.
(101) Aristote, *Politique,* Liv. 3, ch. 12, p. 125.
(102) *Ibid.*, Liv. 3, ch. 12, p. 123.

entreprendre « une libre recherche scientifique » pour combler la lacune, dans le sens « qu'il doit former sa décision de droit, d'après les mêmes visées, qui seraient celles du législateur s'il se proposait de régler la question » [89]. Et l'éminent maître ne cache pas l'origine aristotélicienne de sa méthode [90]. D'ailleurs, le Code civil égyptien consacre dans son article premier la même idée dans une formule, pourtant différente [91].

Cependant, il ne manque pas d'auteurs, tels que Hans Kelsen, qui n'admettent aucune lacune dans le droit [92]. La logique quelque peu agressive de Kelsen ne saurait être négligée. Ainsi, un maître aussi modéré que le doyen P. Roubier se permet d'utiliser le mot « absurde » pour qualifier une telle logique [93]. En revanche, M. Waline s'incline en déclarant que la lacune « est difficile, sinon même impossible à admettre » [94].

A notre avis, la doctrine de Kelsen transforme un problème principalement constitutionnel en problème logique, et fonde ainsi sa thèse sur une pétition de principe. Il suppose qu'il n'y a qu'une seule source du droit, c'est la loi. Mais si l'on suppose une constitution admettant deux sources du droit, la loi et une autre source comme la jurisprudence par exemple, alors la lacune de la loi ira de soi, et aucune logique n'accordera à la loi une plénitude que lui refuse la constitution. La question est donc de savoir non pas si la logique admet la lacune ou non, mais plutôt si la constitution l'admet ou non. En France, F. Gény en s'appuyant sur l'article quatre du Code Napoléon et d'autres arguments, a pu établir d'une façon irréfutable que le droit positif français admet la lacune dans la loi écrite. Et il en va ainsi, dit-il, pour « toute l'histoire juridique de l'humanité » [95]. Les arguments de F. Gény, croyons-nous, sont décisifs. Le mérite de F. Gény, c'est que tout en ayant la logique avec lui — or, il est plus naturel de supposer la lacune d'une œuvre humaine que sa plénitude —, il ne fait pas du problème un problème purement logique. Le législateur « peut, dit-il, défendre au juge d'accueillir une demande, qui ne serait pas fondée sur un texte précis de loi » [96]. Ainsi, il est possible de concevoir une législation se fondant sur la fiction de sa

---

(89) F. Gény, *Méthode d'interprétation*, op. cit., T. 2, p. 77-78.

(90) *Ibid.*, T. 2, p. 318.

(91) Les sources subsidiaires indiquées par cet article expriment en réalité la conception du monde qui anime le législateur lui-même.

(92) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., pp. 329 et s.

(93) P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 6 ; Adde, P. Roubier, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 13, note 1, et la bibliographie.

(94) M. Waline, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, in Mélanges G. Scelle, T. 2, 1950, p. 623.

(95) F. Gény, *Méthode d'interprétation*, op. cit., T. 1, pp. 122-123.

(96) F. Gény, *Méthode d'interprétation*, op. cit., T. 1, p. 128.

DEUXIÈME SECTION

L'ANALYSE ET LES EFFETS DU JUGEMENT CONSTITUTIF D'OBLIGATION

Le jugement crée l'obligation selon le pouvoir discrétionnaire délégué expressément au juge, soit par la loi, soit par la jurisprudence. Cette section sera consacrée à l'analyse de cette idée avec l'indication des effets du jugement constitutif d'obligation.

88. — *LA LACUNE DANS LA LOI ECRITE.*

La loi est la première source formelle incontestée du droit positif soit en France, soit en Egypte. En revanche, la force créatrice de la jurisprudence ne va pas de soi. On ne saurait l'affirmer sans en donner des explications et des arguments. En effet, le problème du pouvoir normatif de la jurisprudence est lié à d'autres problèmes : ceux de la lacune dans la loi écrite et la séparation des pouvoirs. Car si l'on suppose la plénitude de la loi écrite, la création jurisprudentielle du droit sera inconcevable, et si l'on se tient à une séparation rigoureuse des pouvoirs la création jurisprudentielle du droit sera interdite.

En discutant ces problèmes, les juristes d'aujourd'hui n'ont rien ajouté de nouveau à la pensée antique. Le Philosophe admet la lacune et lui indique le remède. « Lorsque la loi, dit-il, s'exprime pour la généralité des cas, et que postérieurement il se produit quelque chose qui contrarie ces dispositions générales, *il est normal de combler la lacune* laissée par le législateur, et de corriger l'omission imputable au fait qu'il s'exprimait en général. *Le législateur lui-même, s'il était présent,* y consentirait » (87).

La lacune étant admise, le juge envisage la situation comme si le législateur était présent. Il prononce selon « les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur », dit l'article premier du Code civil suisse, traduisant la pensée du Philosophe. En droit moderne, F. Gény consacre la grande partie de sa « méthode d'interprétation » pour démontrer la lacune dans la loi écrite. Cela découle de la nature des choses, affirme-t-il (88). Ainsi, F. Gény invite le juge à

---

(87) ARISTOTE, *Ethique de Nicomaque,* 5, 10, 5.

(88) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation,* op. cit., T. 1, pp. 117, 118, 195, 197, et T. 2, pp. 129, 313, 341, 346, 360, 366, 370, 397, 386, 388, 408 ; *Science et technique,* op. cit., T. 4, p. 45, note 1.

du 20 août 1936 vint effacer les deux phrases sur lesquelles se fonde la protestation. Et les juristes s'en rendent compte [85]. Ainsi, si M. L. Mazeaud hésite quelque peu à considérer le jugement accordant un délai de grâce comme constitutif d'obligation nouvelle [86], nous n'hésitons pas.

87. — *CONCLUSION.*

Toutes ces applications répondent à un concept principal, celui de la lésion ou le déséquilibre des prestations. Mais pour tirer de l'inégalité objective un jugement contre la moralité du contrat, il faut recourir à un autre élément additionnel. Cet élément formera un concept additionnel à côté du concept principal et permanent. Nous avons rencontré plusieurs concepts additionnels dans notre étude appliquée au droit français et au droit égyptien.

Quelques-uns de ces concepts relèvent exclusivement du droit égyptien, tels que l'exploitation, l'adhésion et le forfait de la clause pénale. Un autre est considéré exclusivement en France, celui de la minorité. Il y a enfin des concepts communs entre les deux pays, avec une certaine différence dans l'étendue de leurs applications, ceux de la nature technique du contrat, les circonstances du sauvetage maritime et l'imprévision.

Mais en général, on a pu constater que le pouvoir discrétionnaire du juge égyptien est plus important que celui du juge français, et cela n'est pas étonnant si l'on remarque que le nouveau code égyptien est l'œuvre de M. Al Sanhoury, l'un des disciples de l'école lyonnaise.

Dans toutes ces applications, le juge substitue à l'obligation contractuelle injuste une nouvelle obligation judiciaire plus conforme à la raison et à la morale. Le problème technique de la révision du contrat par le juge n'est point séparable de son problème moral. Et l'analyse du jugement constitutif d'obligation que nous entreprendrons dans la deuxième section réaffirmera la même chose.

*
**

---

(85) G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, op. cit., T. 2, p. 752.

(86) L. Mazeaud, *De la distinction des jugements déclaratifs et jugements constitutifs*, op. cit., p. 33.

86. — *LE DELAI DE GRACE CONSTITUE-T-IL UNE REVISION ?*

Le terme de grâce est accordé au débiteur pour envisager des difficultés postérieures à la conclusion du contrat. G. Ripert le considère « aussi grave que la révision » ([78]). « C'est tuer le contrat, dit-il, que de libérer également le débiteur chaque fois qu'il éprouve une difficulté de paiement » ([79]). Et dans la règle morale, il considère la prorogation des contrats du bail comme une variété du terme de grâce ([80]). En réalité, la grande partie de la doctrine considère le délai de grâce comme une dérogation à la force obligatoire du contrat ([81]). Cependant, il ne manque pas de juristes qui écartent le délai de grâce des applications de la révision ([82]). Pour notre part, nous tendons à le considérer comme une véritable révision. La modification porte sur l'une des modalités de l'obligation, à savoir son terme, et cela suffit pour opérer la novation de celle-là. Ici encore, il faut distinguer entre novation législative et judiciaire. Si le terme est légal, accordé par une loi (de moratoire), la novation sera législative. En revanche, si le terme est judiciaire, accordé par le juge selon son pouvoir discrétionnaire, la novation sera judiciaire. En effet, les dispositions des articles 1244 du Code civil français, 157 alinéa deux et 255 alinéa deux du Code égyptien, consacrant l'institution du délai de grâce, donnent au juge un véritable pouvoir discrétionnaire et les juristes sont d'accord sur ce point ([83]). Dans sa thèse de doctorat, le doyen Marty avait contesté cette opinion. « Les juges doivent, dit-il, user de ce pouvoir avec « une grande réserve », et ils ne doivent accorder que des « délais modérés », selon les termes de l'article 1244 ([84]). Mais, peu de temps après cette thèse, la loi

---

(78) G. Ripert, *Le régime démocratique*, op. cit., p. 291.

(79) G. Ripert, *Le droit de ne pas payer ses dettes*, D. Ch. 1936, 60.

(80) G. Ripert, *La règle morale*, op. cit., p. 138.

(81) L. Josserand, *Un ordre juridique nouveau*, D. Ch. 1937, 43-44 ; L. Josserand, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, op. cit., pp. 18, 19, 20 ; Rouast, *Le contrat dirigé*, op. cit., pp. 219-220 ; G. Morin, *La désagrégation de la théorie contractuelle du Code*, p. 9 ; Waline, *L'individualisme et le droit*, op. cit., p. 184 ; P. Harven, *L'intervention de l'Etat dans les contrats*, op. cit., pp. 143-144 ; P. Esmein, *L'intervention de l'Etat dans les contrats*, op. cit., p. 128.

(82) Wolkmar, *La révision des contrats par le juge en Allemagne*, op. cit., p. 16.

(83) E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, T. 2, p. 257 ; R. Merle, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, op. cit., p. 116 ; Em. de Gaudin de Lagrange, *L'intervention du juge dans le contrat*, op. cit., p. 69. Les auteurs citent souvent, Req. 7 juin 1859, D. 1860, 21.

(84) G. Marty, *La distinction du fait et du droit*, Thèse précitée, p. 276, note 1.

Il en va ainsi pour la première loi consacrant la théorie, celle du 21 janvier 1918 qui prévoit la résiliation et non pas la révision (70). Il en va de même pour la loi du 22 avril 1949 (71). D'ailleurs, quand le législateur permet la révision du contrat, il préfère quelquefois une révision législative à une autre, judiciaire.

Ainsi, la loi du 25 mars 1949 relative à la majoration de certaines rentes viagères (72) prononce, dans son article premier, que celles-ci sont majorées de plein droit comme suit : « ..., et il fixe le pourcentage de la majoration. Il s'agit d'une novation législative, et de la création d'une obligation légale et non pas judiciaire. Quant aux lois relatives à la révision du contrat de bail, elles sont très nombreuses. On ne les compte plus. « Il y a... tous les six mois une nouvelle loi » (73). Certaines de ces lois disposent une révision créatrice des obligations judiciaires. Et pour n'en donner que quelques exemples, nous citons la loi du 9 mars 1918, qui permet au juge, « dans la souveraineté de sa conscience » (74), selon l'expression du rapporteur général, d'estimer le loyer équitable. Il en va de même pour la loi du 12 juillet 1933 (75), celle du 1er juillet 1939. Cette dernière est fort intéressante, car elle permet une « combinaison de l'échelle mobile et de révision » (76), en disposant la révision des contrats contenant l'échelle mobile. Celle-ci ne dispense pas de faire appel à celle-là. Ainsi, le problème de l'imprévision reste toujours un problème crucial (77).

En résumé, tandis que le législateur égyptien sanctionne l'imprévision dans une règle générale de la théorie des obligations consacrant un régime de révision nécessaire, impérative et judiciaire, le législateur français recourt à cette mesure par des lois spéciales envisageant des situations particulières.

---

(70) Loi du 21 janvier 1918, D.P., 1918, 4, 261.

(71) Loi du 22 avril 1949, D. 1949, 241. Voir les notes précitées par M. L. De Soto et M. G. Toujas, commentant cette loi.

(72) G. Ripert, *La révision de ventes viagères*, D. Ch., 1949, 89.

(73) J. de la Morandière, *L'évolution moderne du droit des obligations, cours précité*, p. 7 ; G. Ripert voit dans cet « enchevêtrement des lois successives » l'une des manifestations du « *déclin du droit* », op. cit., p. 167 ; Comp. G Ripert, *La règle morale*, op. cit., p. 142-143. D'ailleurs, G. Ripert croit que les contrats du bail ne sont plus des contrats. (G. Ripert, *Le statut du fermage*, D. Ch. 1946, 1 ; G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 219, 221, 359). En réalité, le rapport est contractuel par son origine, mais il deviendrait légal ou judiciaire par une intervention postérieure de l'Etat.

(74) D.P. 1918, 4, note 13, p. 71.

(75) H. Capitant, *Le régime de la violation des contrats*, D.H., 1934, 1.

(76) A. Trasbot, *La dévaluation monétaire et les contrats de droit privé*, in Etudes Ripert, T. 2, p. 176.

(77) Comp. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Thèse précitée, p. 537.

les coudées franches au juge » pour envisager la situation, selon l'expression de M. Al Sanhoury (67).

D'ailleurs, la révision consacrée par cette disposition est nécessaire et impérative. En appliquant ce texte, le juge substitue à l'obligation contractuelle une nouvelle obligation judiciaire. La théorie de l'imprévision a reçu en Egypte une application remarquable avec la loi de la réforme agraire qui a bouleversé l'économie de beaucoup de contrats. L'opinion dominante considère cette loi comme un événement imprévu justifiant l'application de la théorie (68). En Egypte, le pouvoir de révision reçoit une application spéciale dans certains contrats, comme celle de l'article 658, alinéa 4, concernant le contrat d'entreprise. Mais il s'agit aussi d'une révision créatrice d'obligation judiciaire.

En France, la jurisprudence pourrait avoir raison ou tort de ne pas créer une règle jurisprudentielle sanctionnant la lésion a posteriori. Mais elle a certainement raison de ne pas tirer une telle sanction de la volonté des contractants. Faute d'une disposition expresse dans le contrat, la clause rebus sic stantibus ne saurait sortir de celui-ci (69). En revanche, le législateur français n'a pas manqué d'appliquer largement la théorie de l'imprévision. Mais beaucoup de ces applications constituent une autre sanction que la révision du contrat, et sortent, par conséquent, du domaine de notre recherche.

---

(67) Al. SANHOURY, *El Wassit*, op. cit., T. 1, p. 646 ; Adde, SOULTAN, op. cit., p. 325 ; MORCOS, op. cit., p. 363 ; ABOU STEET, op. cit., p. 319 ; EL SADAH, op. cit., p. 339. H. Hegazy, sans parler du pouvoir discrétionnaire du juge, cite l'arrêt du Tribunal du Caire du 31 octobre 1953 qui reproduit l'expression de M. Al. Sanhoury (HEGAZY, op. cit., p. 588, note 1).

(68) Al. SANHOURY, *L'application de la théorie de l'imprévision aux contrats de vente conclus avant la loi de la réforme agraire*, in Revue El Mohamah, sept. 1960, p. 107 ; Adde, Les arrêts publiés dans la brochure de M. Kaer EL DEIN, *La théorie de l'imprévision*, 1955, pp. 26 et s., et dans l'ouvrage de M Kamal ABOU EL KHEIR, *La loi de la réforme agraire*, 1961, pp. 32 et s. — Dans des cas limités, la révision sera législative et non pas judiciaire. Ex. : la loi N° 452 de 1953 qui distribue 50 % de la perte à chacun des contractants. Hors de pareil cas, le juge reprend son pouvoir selon le texte général du Code.

(69) H. CAPITANT, *Les transformations du droit civil français*, op. cit., p. 77 ; H. CAPITANT, *Le régime de la violation des contrats*, D.H. 1934, 1 ; H. CAPITANT, *note*, Paris, 21 déc. 1916, D.P. 1917, 2, 33 ; A. ROUAST, *Le contrat dirigé*, op. cit., p. 321 ; G. RIPERT, *La règle morale*, op. cit., pp. 147 et s. ; WALINE, *L'individualisme et le droit*, op. cit., p. 185 ; H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, op. cit., p. 52 ; G. MARTY, *Rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, op. cit., p. 86 ; P. HARVEN, *L'intervention de l'Etat dans les contrats*, op. cit., p. 144 ; L. JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, op. cit., 19, 25, 26 ; H. MAZEAUD, *La lésion dans les contrats*, op. cit., pp. 193 et s. Mais la solution serait peut-être différente quant aux contrats dominés par une institution sociale, comme le contrat de mariage. Voir sur l'application de la théorie de l'imprévision à la restitution des valeurs mobilières constituées en dot, les arrêts cités et analysés par M.-P. RAYNAUD, *La nature juridique de la dot*, Sirey, 1934, p. 86, note 1, 252, 253, 254.

nistrative, l'imprévision crée une situation extra-contractuelle (59) qui sera envisagée par une mesure aussi extra-contractuelle. Le juge accorde au contractant une indemnité pour l'aider à sortir de ses difficultés provisoires. Le juge crée, sans doute, une obligation nouvelle, mais cette obligation s'ajoute comme une sorte de « superstructure » (60), selon l'expresison de M. Hauriou, à l'obligation contractuelle, sans se substituer à elle. La théorie administrative de l'imprévision est recommandée par la nature des rapports du droit public. « L'administration considère son co-contractant comme un collaborateur volontaire, sinon désintéressé » (61) et « non son adversaire » (62).

C'est pourquoi on s'entend à dire qu' « une théorie civiliste de l'imprévision serait fatalement autre chose que sa théorie administrative » (63). En droit civil, l'imprévision n'intéresse notre étude que dans les cas de la révision judiciaire, nécessaire et impérative du contrat. Or, la théorie de l'imprévision date du droit romain, comme nous avons pu le prouver dans une autre étude, à l'encontre de la notion répandue qui attribue la création de cette théorie aux canonistes et glossateurs (64). Cependant, la révision consacrée par le droit romain est interprétative et non pas impérative (65).

En droit moderne, le Code civil italien adopte, dans son article 1467, un régime de révision volontaire et non pas nécessaire (66). Toutes ces applications n'intéressent pas notre étude. En revanche, la révision consacrée par le Code civil égyptien est créatrice d'une obligation judiciaire. Selon l'article 147 de ce Code, « *...le juge peut*, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, *réduire dans une mesure raisonnable* l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle ». Tous les termes de cette disposition sont souples et élastiques. Le pouvoir accordé au juge est nettement discrétionnaire. Le législateur « a laissé

---

(59) Voir sur l'analyse critique de cette idée, M. HAURIOU, *note* sur Cons. d'Etat, 27 juin 1919, S. 1920, 3, 25.

(60) M. HAURIOU, *note*, Cons. d'Etat, 27 juin 1919, S. 1920, 3, 25.

(61) M. WALINE, *L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses co-contractants*, in Rev. de dr. publ., 1951, p. 5 ; Adde, p. 34.

(62) H. CAPITANT, *note*, Paris, 21 déc. 1916, D.P. 1917, 2, 35.

(63) DE LAUBADÈRE, op. cit., p. 77 ; Adde, M. HAURIOU, *Police juridique et fond du droit*, op. cit., p. 290.

(64) Voir l'exposition complète de la théorie de l'imprévision en droit romain, S. TANAGHO, *La nature juridique du droit du preneur à bail en droit romain*, op. cit., pp. 107-139.

(65) Supra, N° 66.

(66) Voir sur la distinction, supra N° 64. Dans ce droit, dit M. Al. Sanhoury, « la révision est l'œuvre du contractant et non pas du juge ». (*El Wassit*, op. cit., T. 1, p. 649).

Mais toutes ces applications ne remplissent pas les exigences de la théorie de l'obligation judiciaire, et surtout celle du pouvoir discrétionnaire du juge (56). La novation en ces cas sera législative et non pas judiciaire. La révision fera naître une obligation légale et non pas judiciaire.

SOUS-SECTION II

LA LESION A POSTERIORI

85. — *L'IMPREVISION.*

Le concept additionnel, permettant ici de reconnaître l'injustice dans le déséquilibre des prestations, c'est l'imprévision. Celle-ci consiste dans la survenance des événements imprévus et imprévisibles qui bouleversent l'économie du contrat. Il s'agit d'une lésion postérieure à la conclusion du contrat.

La théorie de l'imprévision n'intéresse notre recherche que dans la mesure où elle aboutit à la révision judiciaire du contrat. Or, la sanction de l'imprévision pourrait être autre chose que la révision judiciaire. Ainsi, l'application de cette théorie en droit international public ne permet point au tribunal de modifier un traité (57). En droit administratif français, la sanction de l'imprévision est simplement indemnitaire. « Le juge ne peut jamais modifier lui-même les clauses d'un contrat administratif » (58). Selon la jurisprudence admi-

---

(56) En effet, le décret concernant la réduction des intérêts conventionnels donne au juge une certaine liberté d'appréciation. Mais il ne s'agit pas d'un véritable pouvoir discrétionnaire. Cf. H. CAPITANT, *La répression de l'usure*, D. Ch. 1935, 61.

(57) « Le tribunal, dit M. Leca, n'a pas le pouvoir de réadapter le traité ». (J. LECA, *Les techniques de révision des conventions internationales*, 1961, p. 314). Voir sur l'imprévision en droit international public, L. LE FUR, *La force obligatoire des traités*, op. cit., p. 94 ; H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, op. cit., p. 52.

(58) A. DE LAUBADÈRE, *Traité des contrats administratifs*, T. 3, 1956, pp. 116-117 ; Adde, G. JÈZE, *Les contrats administratifs*, T. 3, 1934, p. 81 ; J. SOTO, *Imprévision et économie dirigée*, J.C.P., 1950, 1, 817 ; M. HAURIOU, *note*, Cons. d'Etat du 30 mars 1916, S. 1916, 3, 17 ; Louis DE SOTO, *La loi du 22 avril 1949 est-elle applicable aux contrats administratifs ?* J.C.P., 1949, 1, 809. Comp. les expressions non heureuses employées par J. SAVATIER, *La théorie de l'imprévision dans les contrats*, in Etudes de droit contemporain, 1959, T. 2, p. 8 ; H. DE PAGE, *A propos du gouvernement des juges*, op. cit., p. 172 ; G. TOUJAS, *La résiliation de certains marchés et contrats*, Commentaire de la loi du 22 avril 1949, J.C.P. 1949, 1, 774 ; P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, op. cit., p. 438.

d'assistance et de sauvetage passée au moment et sous l'influence du danger peut, à la requête de l'une des parties, être *annulée ou modifiée par le juge, s'il estime que les conditions convenues ne sont pas équitables* ».

Le texte ne sanctionne pas un vice de consentement, mais l'injustice dans le contrat. C'est seulement l'inégalité des prestations qui justifie l'intervention du juge. Les circonstances dans lesquelles se forme le contrat constituent l'élément additionnel permettant au législateur de reconnaître l'injustice dans l'inégalité objective. Le pouvoir de révision consacré par cette disposition est nécessaire, impératif et judiciaire. Le pouvoir du juge est nettement discrétionnaire. L'intervention dans le contrat est dépendante de sa volonté. La sorte de sanction est dépendante de la même volonté. Le contrat peut être annulé ou modifié selon son estimation. Et s'il opte pour la modification, cela veut dire qu'il a confirmé le contrat annulable. La novation nécessaire sera en ce cas novation d'une obligation annulable.

L'alinéa deux du même article dispose que « dans tous les cas, lorsqu'il est prouvé que le consentement de l'une des parties a été violé par dol ou réticence ou lorsque la rémunération est de façon excessive dans un sens ou dans l'autre, hors de proportion avec le service rendu, *la convention peut être annulée ou modifiée par le juge* à la requête de la partie intéressée ». Et G. Ripert admet « dans tous les cas un pouvoir de révision quand le tribunal pourrait prononcer l'annulation » [54]. En effet, il ne faut pas croire, comme le fait M. Perrin, que l'annulation justifie la révision selon l'adage « qui peut le plus peut le moins » [55]. Au contraire, l'annulation rend la révision plus difficile à admettre. La révision du contrat annulable est le pouvoir le plus discrétionnaire que l'on puisse imaginer. Car avant de modifier l'obligation, il faut la purger de son vice. Or, donner au juge le pouvoir de confirmer une obligation annulable est une chose énorme. C'est pourquoi nous n'admettons la révision du contrat annulable que dans les cas déterminés expressément par le texte. Dans ces cas, la révision fait naître une obligation judiciaire.

Par là, nous terminons l'exposé des applications de la révision judiciaire du contrat à cause d'une lésion ab initio, soit en France, soit en Egypte. Et on remarque avant de clore cette sous-section que le droit français connaît d'autres applications de la révision nécessaire du contrat, comme la révision de la vente d'engrais d'après la loi du 8 juillet 1907, complétée par la loi du 10 mars 1937, la révision de la vente des fonds de commerce selon la loi du 29 juin 1935, et la réduction des intérêts conventionnels selon le décret du 8 août 1935.

---

(54) G. Ripert, *Droit maritime*, 4e éd., T. 3, 1953, p. 140.
(55) J. Perrin, *La réductibilité des obligations excessives*, op. cit., p. 56. M. Perrin fonde toute sa thèse sur cet argument.

Le forfait s'accorde mal avec les contrats commutatifs, surtout si l'on pense que le dommage considéré dans ces contrats est le dommage prévu au moment du contrat. Et si l'on prévoit le dommage au moment de la stipulation, pourquoi admet-on une évaluation forfaitaire hors de proportion avec ce dommage ? Il n'y a aucune raison. Ainsi, le législateur égyptien interdit l'injustice dans les contrats en débarrassant la clause pénale de son caractère forfaitaire, et cela ne vas pas sans lui ôter l'un de ses éléments principaux. La clause pénale ne joue plus en Egypte qu'un rôle probatoire (50). Elle sert seulement à transmettre la charge de la preuve du créancier au débiteur quant à l'existence du dommage et son évaluation. Ainsi, le législateur substitue à la réglementation des parties une nouvelle réglementation qui serait législative ou judiciaire selon les cas. « *Le juge peut*, dispose l'alinéa deux de l'article 224, réduire le montant de ces dommages-intérêts si le débiteur établit qu'il est excessivement exagéré ou que l'obligation principale a été partiellement exécutée ». Et l'alinéa trois affirme la nature impérative de cette disposition. Dans le deuxième cas prévu par cette disposition, la réduction serait conforme à l'intention des parties. Quant au premier cas, celui de la réduction du montant excessivement exagéré, il s'agira d'une révision nécessaire, impérative et judiciaire. Le pouvoir du juge est discrétionnaire, non soumis au contrôle de la Cour suprême (51). Ainsi le juge substitue à l'obligation contractuelle une obligation judiciaire (52).

84. — *LE SAUVETAGE ET L'ASSISTANCE MARITIMES SELON LA CONVENTION DE BRUXELLES DU* 23 *SEPTEMBRE* 1910 *APPLIQUEE EN FRANCE ET EN EGYPTE* (53).

La Convention de Bruxelles est appliquée dans plusieurs pays du monde. Selon l'alinéa premier de son article 7, « toute convention

(50) Il n'est donc pas exact que la possibilité de la modification de la clause pénale lui enlève toute utilité pratique, car elle peut jouer encore un rôle probatoire. La nature exclusivement indemnitaire de la clause pénale ne recommande pas de « rayer du Code civil le chapitre se rapportant » à elle. Comp. J.-P. Facio, *Nature juridique de la clause pénale dans les droits français et latino-américain*, in Rev. Int. de dr. comp., 1949, p. 322.

(51) Cass. civ. du 17 fév. 1955. Les arrêts de la Cassation, 6, N° 91, p. 686.

(52) Il y a encore deux cas du contrôle de la clause pénale, celui de l'indemnisation intégrale en cas de faute lourde ou de mauvaise foi du débiteur, et celui de l'élimination complète de la clause pénale en cas de l'inexistence de préjudice (art. 24, al. 1, et 225). Mais ces deux cas ne remplaissent pas les conditions de la théorie de l'obligation judiciaire et spécialement celle du pouvoir discrétionnaire du juge. Dans les deux cas, la solution est dictée par la loi.

(53) La convention est appliquée en France par la loi du 29 avril 1916, et en Egypte à partir de janvier 1944 (El Wakayeh El Massriea, N° 14, 7 fév. 1944)

On dit souvent que la clause pénale constitue une obligation accessoire.

En réalité, l'idée d'une obligation accessoire serait mal utilisée ici, car l'accessoire suit le principal, ce qui contredit la règle du non cumul de la clause pénale avec l'exécution effective. La clause pénale constituerait une partie accessoire du contrat lui-même. La nullité de celle-là n'entraîne pas la nullité de celui-ci. Mais il ne s'agit pas d'une obligation accessoire proprement dite. En effet, la clause pénale fait partie de l'obligation contractuelle elle-même, et plus précisément de l'élément « responsabilité » de celle-ci, selon l'analyse dualiste de l'obligation en « debitum » et « obligatio ». La source de la responsabilité contractuelle, c'est toujours le contrat. Mais en cas de clause pénale, le contrat s'occupe, de plus, de la liquidation de la responsabilité en fixant son montant. La clause pénale n'aboutit pas, bien sûr, à la novation de l'obligation (48), car elle relève elle-même de cette obligation. La responsabilité contractuelle, croyons-nous, ne substituera aucune obligation nouvelle à l'obligation contractuelle. Ainsi, en cas d'inexécution de la dette, le maintien de l'obligation contractuelle exige le recours à la responsabilité et en l'occurrence, l'application de la clause pénale. Tout écartement de celle-ci constitue une modification de l'obligation contractuelle.

En France, le Code ayant pris en considération le caractère à la fois contractuel et forfaitaire de la clause pénale n'admet aucune modification de celle-ci (art. 1226 et s.), à l'exception du cas de l'exécution partielle de l'obligation, où la réduction de la peine serait en conformité avec l'intention des parties (art. 1231) (49). D'ailleurs, il n'est pas besoin de rechercher si le créancier souffre ou non un dommage à cause de l'inexécution.

En Egypte, le législateur a opté pour la justice et contre la volonté des parties. La clause pénale étant destinée à compenser le dommage subi par suite de l'inexécution de l'obligation, il ne faut pas qu'il y ait une grande différence entre celui-ci et celle-là. L'élément qui permet au législateur de reconnaître l'injustice dans la clause pénale, c'est le caractère forfaitaire de celle-ci. Cet élément risque de transformer tous les contrats commutatifs en contrats aléatoires.

---

cit., T. 2, N° 541, pp. 620 et s. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, op. cit., T. 2, N° 543, pp. 590 et s. ; Al. SANHOURY, op. cit. T. 2, pp. 581 et s. ; GHANEM, *Les règles de l'obligation*, op. cit., pp. 147 et s. ; A. ABDELBAKI, *Les règles de l'obligation*, p. 90 et s.

(48) Voir sur la distinction entre la clause pénale et la novation conditionnelle, Charles MARUANI, *La clause pénale*, Thèse, Paris, 1935, p. 90.

(49) Selon la conclusion de M. VEAUX, « le succès des clauses pénales devant les tribunaux français est aussi complet que possible » (*Les clauses pénales dans les contrats de droit privé*, in Etudes du droit contemporain, T. 2, 1959, p. 35).

Cour suprême française contrôle l'interprétation des contrats d'adhésion, ce qui ne relève pas de sa fonction (44), et elle arrive à en créer des obligations jurisprudentielles, comme l'obligation de sécurité dans le contrat du transport. Cependant, la jurisprudence française ne se permet pas une véritable révision de ces contrats.

En Egypte, le Code affirme, dans son article 100, la thèse contractuelle, et les auteurs égyptiens sont d'accord (45). En même temps, le Code consacre un régime de révision impérative, nécessaire et judiciaire des contrats d'adhésion. « *Le juge peut*, dit l'article 149, si le contrat contient des clauses léonines, modifier ces clauses ou en dispenser la partie adhérente, et cela conformément aux règles de l'équité. Toute convention contraire est nulle ». Le pouvoir du juge est discrétionnaire, soit quant à l'appréciation de la lésion, soit quant au mode de révision du contrat lésionnaire. Il s'agit d'une question de fait non soumise au contrôle de la Cour de Cassation (46). En révisant un contrat d'adhésion lésionnaire, le juge substitue à l'obligation contractuelle une obligation judiciaire.

En résumé, le contrat d'adhésion est un véritable contrat, même s'il pouvait être injuste. Son mode de formation n'affecte pas son caractère contractuel, mais il permet seulement de reconnaître l'injustice dans ses clauses, et justifie par conséquent l'intervention de l'Etat. C'est cette intervention qui coûterait au contrat d'adhésion sa nature contractuelle et non pas son mode originel de formation. Et spécialement, la révision impérative, nécessaire et judiciaire du contrat d'adhésion, éteint les obligations nées de ce contrat et en fait naître des obligations judiciaires.

83. — *LA CLAUSE PENALE SELON LES ARTICLES* 233 *ET SUIVANTS DU CODE CIVIL EGYPTIEN.*

Les auteurs distinguent clairement la clause pénale des autres situations telles que les clauses limitatives de la responsabilité, les arrhes, les astreintes, l'obligation alternative ou facultative..., etc. (47).

---

(44) G. MARTY, *Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats,* op. cit pp. 96 et s. ; FRÉMICOURT, *Discussion sur le rôle du juge dans l'interprétation des contrats,* in Travaux Capitant, 1949, pp. 98-99.

(45) Al. SANHOURY, *El Wassit,* op. cit., T. 1, p. 231 ; HEGAZY, op. cit., p. 363 ; ABOU STEET, op. cit., p. 104 ; SOULTAN, op. cit., p. 102 ; MORCOS, op. cit., p. 125; EL SADAH, *Des contrats d'adhésion,* Thèse, Le Caire, 1946, p. 156 ; EL SADAH, *Les sources des obligations,* op. cit., p. 114.

(46) Tous les auteurs égyptiens précités sont d'accord.

(47) PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité,* op. cit., T. 2, N° 834, pp. 308 et s. ; COLIN et CAPITANT, *Traité,* op. cit., T. 2, N° 915, pp. 510 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil,* op. cit., T. 2, N° 161, pp. 541 et s. ; MAZEAUD, *Leçons,* op.

contrat d'adhésion est un contrat stéréotypé, standardisé, sans autonomie de volonté de la part de l'adhérent..., etc. » [36]. De même, G. Ripert affirme que le contrat d'adhésion n'a que « le vêtement contractuel » [37] et affirme dans un autre ouvrage que « le contrat d'adhésion apparaît comme plus respectable que tout autre » [38], ou dans un langage moins optimiste « la notion juridique de contrat d'adhésion ne signifie pas grand'chose et ne présente pas grand intérêt » [39].

En réalité, ni l'égalité des parties, ni la discussion préalable ne sont des conditions de la conclusion du contrat. Car même le contrat librement débattu ne se forme qu'au moment où cesse toute discussion, où le consentement devient adhésion. Ainsi, la jurisprudence française, et une grande partie de la doctrine restent favorables à la thèse contractuelle [40].

Le mode de la formation de ces contrats n'altère point son caractère contractuel, mais il permet de révéler une autre chose, c'est l'injustice des clauses léonines introduites dans ceux-là [41]. La fiction de justice deviendra reconnaissable et l'intervention deviendra justifiable. Et c'est en conséquence de cette intervention que le contrat d'adhésion perdrait son caractère contractuel [42] et non pas à cause de son mode de formation originel. En France, l'intervention est spécialement législative.

Ainsi, on substitue aujourd'hui « à l'expression : contrat de travail, celle de relation juridique du travail ». Les obligations, dit M. Rouast, « ne sont plus le résultat de la volonté des parties, elles résultent de la loi, de la volonté du législateur » [43]. D'ailleurs, la

---

(36) L. Josserand, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, op. cit., p. 9.

(37) G. Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, op. cit., p. 348 ; Adde, *Le régime démocratique*, op. cit., pp. 174 et s.

(38) G. Ripert, *La règle morale*, op. cit., p. 101.

(39) G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 272 ; Adde, G. Ripert, *Ebauche d'un droit civil professionnel*, op. cit., p. 685.

(40) J. de la Morandière, *L'évolution moderne du droit des obligations* op. cit., pp. 394 et s. ; E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, op. cit., T. 1, p. 36 ; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, op. cit., T. 2, N° 134, p. 58 ; Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, T. 2, 1959, N° 605, pp. 335 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, T. 2, N° 117, pp. 101 et s. ; A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, op. cit., p. 244 ; Adde, des auteurs étrangers tels que Kelsen, *La théorie juridique de la convention*, op. cit., p. 72 ; M. Djuvara, *L'idée de convention et ses réalités juridiques*, in Arch. de phil. du dr., 1940, p. 112.

(41) Waline, *L'individualisme et le droit*, op. cit., p. 177.

(42) M. Villey, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, op. cit., pp. 94-95 ; R. Savatier, *Du droit civil au droit public*, op. cit., p. 66.

(43) A. Rouast, *Discussion sur l'intervention de l'Etat dans les contrats*, in Travaux Capitant, op. cit., p. 156 ; Adde, G. Ripert, *Les forces créatrices*, op. cit., p. 275.

82. — *LES CONTRATS D'ADHESION SELON LES ARTICLES 100 ET 149 DU CODE CIVIL EGYPTIEN.*

L'élément qui permet au droit objectif de reconnaître l'injustice dans cette catégorie des contrats, c'est son mode de formation. Ainsi, pour sanctionner la lésion dans les contrats d'adhésion, le législateur égyptien donne à ceux-ci un critère tiré de son mode de conclusion. Il s'agit, selon l'article 100, d'une « adhésion par une partie à un projet réglementaire que l'autre partie établit sans en permettre la discussion ».

L'expression du contrat d'adhésion a été inventée pour la première fois par Saleilles, « faute de mieux », dit-il. Selon lui, ces contrats « ne sont au fond que des manifestations unilatérales de volontés parallèles » (31). L'idée de considérer le contrat d'adhésion comme « deux actes unilatéraux », et non pas comme un vrai contrat, est partagée aussi par G. Morin. Il s'agit pour lui d'une « situation institutionnelle » ou « d'une situation objective », selon les termes des publicistes (32). Parmi ceux-ci, L. Duguit considère le contrat d'adhésion comme un acte unilatéral émanant — non pas de la partie forte, comme le disent généralement les adversaires du caractère contractuel —, mais de la partie faible. Ainsi, dans l'expédition d'une lettre par la poste, « il n'y a point de contrat, dit-il, mais en réalité un acte unilatéral et seulement un acte unilatéral de la part de l'expéditeur » (33). Pour Gounot, il s'agit d' « un mélange hybride de statut et de contrat » (34). Il y a dans tout contrat d'adhésion une partie contractuelle proprement dite, et une partie réglementaire émanant de la volonté unilatérale de l'un des contractants qui impose sa loi à l'autre partie. Ce sont là les principales thèses des adversaires de la nature contractuelle du contrat d'adhésion : un statut, une institution, une situation objective, deux actes unilatéraux parallèles, un seul acte unilatéral émanant du pollicitant, ou bien un seul acte unilatéral émanant de l'adhérent, etc...

En effet, l'élément caractéristique de ces contrats, à savoir l'absence de toute discussion préalable, a causé l'hésitation et l'embarras d'autres auteurs. Ainsi, Josserand déclare tantôt que « cette conception publiciste... est à rejeter sans hésitation » (35), et tantôt que « le

(31) SALEILLES, *De la déclaration de volonté,* op. cit., pp. 229-230.

(32) G. MORIN, *La loi et le contrat,* op. cit., pp. 112-113.

(33) L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé,* op. cit., p. 123 ; Adde, L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel,* op. cit., p. 371.

(34) GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté,* Thèse, op. cit., p. 303 ; Adde, pp. 229 et s.

(35) L. JOSSERAND, *L'essor moderne du concept contractuel,* op. cit., p. 337.

juridictionnel. Ici, le pouvoir créateur du juge est dépendant du pouvoir créateur de la jurisprudence. Celle-ci participe avec les autres sources du droit objectif à la délimitation et à la définition de la fonction juridictionnelle. Ainsi, une bonne théorie, soit de la jurisprudence, soit de l'acte juridictionnel — tout en gardant la distinction entre les deux — ne saurait négliger leur influence réciproque, sinon leur interdépendance.

Et il paraît clair que l'élément qui permet au droit objectif de reconnaître l'injustice dans les contrats lésionnaires des professionnels, c'est la nature même de ces contrats. Les auteurs ne semblent pas favorables à attacher beaucoup d'importance à la nature gratuite du mandat [26], car la solution concerne le mandat salarié et s'étend aux autres contrats à titre onéreux [27]. L'élément considéré, c'est la nature technique et professionnelle de ces contrats. Le client est généralement incapable d'apprécier le juste salaire des prestations professionnelles [28]. Ainsi, le juge protège le client contre son ignorance, et défend en même temps « la dignité même des professions libérales » [29].

Le pouvoir du juge de réduire les honoraires des professionnels est discrétionnaire, dans le sens qu'il « apprécie souverainement le caractère et l'importance des services particuliers rendus » [30]. Ainsi, il appartient au juge du fond d'apprécier le juste salaire. Cette appréciation sera fondée sur la justice et la raison. Le droit objectif dans ses sources différentes n'offre au juge aucun élément déterminant son appréciation. Il ne s'agit pas d'une question de droit. L'appréciation du juste salaire ne sera pas soumise au contrôle de la Cour suprême. Ainsi, la volonté du juge se substitue à la volonté des parties. Il s'agit d'une novation judiciaire proprement dite. L'obligation nouvelle sera une obligation judiciaire.

---

(26) J. MAURY, *De la notion d'équivalence*, op. cit., pp. 190-191 ; J. PERRIN, *La réductibilité des obligations excessives*, op. cit., pp. 310-311 ; H. MAZEAUD, *La lésion dans les contrats*, op. cit., p. 184.

(27) D'ailleurs, il y a une difficulté, semble-t-il, à considérer le mandat non-salarié comme un vrai contrat, car la donation des services ne constitue pas un contrat (PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire*, T. 2, 1957, p. 27). Comp. A. Rouast, qui admet la nature contractuelle de la prestation gratuite du travail et fonde son opinion sur le caractère contractuel, généralement admis, du mandat non-salarié (A. ROUAST, *La prestation gratuite du travail*, in Mélanges Capitant, p. 704).

(28) G. RIPERT, *Ebauche d'un droit civil professionnel*, in Mélanges Capitant, pp. 685-686.

(29) H. DE PAGE, *A propos du gouvernement des juges*, 1931, p. 143.

(30) Req. 9 déc. 1930. Gaz. Pal. 1931.1.126 ; Adde, les arrêtés cités par H. CAPITANT, *De la cause*, op. cit., p. 211, note 1.

tance : le prodigue ([19]), le mineur en tutelle et la femme mariée et abandonnée par son mari ([20]).

Ainsi, le juge se met à la place du mineur émancipé, prodigue..., etc., éteint son obligation excessive et en fait naître une nouvelle. Le texte du Code Napoléon n'a pas de semblable dans le droit égyptien.

81. — *LES CONTRATS DES PROFESSIONNELS : MANDATAIRE, AVOCAT, ARCHITECTE, MEDECIN, etc...*

Selon l'alinéa deux de l'article 709 du Code civil égyptien, la rémunération du mandataire « *est soumise à l'appréciation du juge* ». Par là, le Code égyptien consacre une règle déjà élaborée par la jurisprudence française. « *Il appartient aux tribunaux,* dit la Cour de Cassation française, à la différence du contrat de louage, de réduire le salaire convenu lorsqu'il est hors de proportion avec le service rendu » ([21]). Soit en Egypte ([22]), soit en France ([23]), la jurisprudence étend la même solution aux autres contrats des professionnels comme ceux d'avocats, de médecins, d'architectes et d'agents d'affaires. Mais on refuse d'appliquer la même règle au contrat des généalogistes, étant donné son caractère aléatoire ([24]).

Nous avons déjà démontré qu'aucune idée contractuelle, surtout celle de la cause, ne justifie une telle règle dressée principalement contre le contrat et la volonté ([25]). Le juge en France — et aussi en Egypte dans les cas non prévus par le Code — puise son pouvoir dans la jurisprudence et non pas dans les éléments du contrat. Il s'agit d'une règle jurisprudentielle accordant au juge le pouvoir de réviser certains contrats et d'en créer des obligations nouvelles. Ici apparaît clairement le rapport étroit entre la jurisprudence et l'acte

(20) E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé,* op. cit., T. 2, pp. 214-215.

(21) Civ., 29 janvier 1867, D. 67.1.54. A notre connaissance, le premier arrêt rendu en la matière fut à propos du salaire d'un agent d'affaires chargé de liquider une succession. Req. 11 mai 1824, S. 1825.1.133.

(22) Voir les arrêts cités par M. Kamel, *Les règles du mandat et l'estimation des honoraires des avocats en droit égyptien,* in Revue Al Quanoum Wal Iqtisad, 7 déc. 1958, pp. 25 et s.

(23) Voir les nombreux arrêts cités par H. Capitant, *De la cause des obligations,* op. cit., p. 210-215 ; G. Ripert, *La règle morale,* op. cit., p. 113 ; E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé,* op. cit., T. 2, pp. 212-214 ; Pérot-Morel, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat,* 1961, pp. 129-153 ; Marty et Raynaud, op. cit., T. 2, p. 141.

(24) Rouast, *La réduction de la rémunération des généalogistes,* J.C.P., 1954, I, 1179 ; Civ., 17 avril 1956, D. 1956, 427 ; J.C.P., 1956, II, 9314.

(25) Supra, n° 63.

d'en faire sortir une nouvelle obligation. La confirmation sera, ainsi, nécessaire, indépendante de la volonté du lésé, sinon adressée contre elle. Désormais, l'idée d'une confirmation nécessaire doit faire partie de la théorie générale de la confirmation.

D'autre part, le pouvoir de réduction accordé au juge n'est pas limité par un chiffre déterminé. A en croire les auteurs Egyptiens, il n'est pas nécessaire que le juge répare toute la lésion. Il suffit que son intervention supprime la lésion énorme, en laissant quelque déséquilibre non-considérable des prestations. En réalité, il n'y a aucun terme dans le texte indiquant au juge cette voie. Au contraire, le juge peut, croyons-nous, tenir la balance égale entre les parties selon les termes du Philosophe.

En résumé, le Code civil égyptien contient un texte général dans la théorie des obligations permettant au juge de confirmer un contrat lésionnaire annulable et d'en faire naître une obligation judiciaire. Ce texte n'a pas d'exemple dans le droit français [16].

80. — *LES OBLIGATIONS EXCESSIVES DU MINEUR EMANCIPE SELON L'ARTICLE* 484, *ALIENA* 2, *DU CODE NAPOLEON.*

Les contrats de pure administration émanant d'un mineur émancipé sont en général valables. Cependant, le juge peut réduire les obligations excessives contractées par celui-là. « La lésion, en tant que telle, ne justifie pas la réduction » [17]. Le législateur fait appel à un autre élément permettant de reconnaître l'injustice dans le contrat. Il s'agit d'un élément subjectif concernant l'âge du contractant. L'appréciation du caractère excessif de l'obligation relève du pouvoir souverain du juge [18]. D'ailleurs, celui-ci n'est pas obligé de réduire l'obligation excessive ; il peut annuler le contrat tout entier. En choisissant la réduction, le juge confirme l'obligation annulable. Il s'agit, cette fois aussi, d'une novation nécessaire d'une obligation annulable.

La jurisprudence applique la même solution aux engagements des incapables qui ont la capacité de faire des actes assurant leur subsis-

---

(16) Le projet franco-italien contient, dans son article 22, un texte semblable à celui du Code égyptien. Voir A. Montel, *La révision des contrats par le juge en Italie*, in Travaux de la Semaine internationale, op. cit., p. 79.

(17) J. Maury, *De la notion d'équivalence*, Thèse précitée, p. 163.

(18) Voir, sur la distinction entre engagement excessif et déséquilibre des prestations, G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, op. cit., T. 1, p. 1103.

(19) H. Capitant, *note* sur req., 15 juillet 1903, D. 4.1.129.

vice de la volonté étant compatible avec celle de la faute, il n'y a aucun empêchement à recourir aux deux idées à la fois. C'est ce qu'a fait le législateur égyptien, en réunissant avec l'idée de la lésion-rupture d'équilibre la notion complexe de l'exploitation prise dans son double sens, faute et vice (12). La lésion qui justifie, aux yeux du législateur égyptien, l'intervention du juge, c'est la lésion énorme. Il n'y a pas de chiffre fixant la lésion énorme. Celle-ci se réalise quand « les obligations de l'un des contractants sont hors de toute proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat ou avec les obligations de l'autre contractant ». Les termes ainsi formulés sont souples, permettant au juge d'exercer une large liberté d'appréciation. Et les auteurs égyptiens s'accordent à considérer l'appréciation de l'énormité de la lésion « comme une question de fait non soumise au contrôle de la Cour de Cassation » (13). Et la même liberté d'appréciation s'applique à l'élément subjectif, celui de l'exploitation.

Mais le pouvoir discrétionnaire du juge apparaît surtout quant à la sanction de la lésion. Il choisit librement entre l'annulation du contrat et sa révision. « *Le juge* PEUT » (14), dit le texte, sur la demande du contractant lésé, annuler le contrat ou réduire les obligations de ce contractant ». Ainsi, si la partie lésée demande l'annulation, le juge n'est pas obligé de satisfaire sa demande, il peut réviser le contrat au lieu de l'annuler (15).

En réalité, la théorie de l'obligation judiciaire reçoit, ici, une application fort intéressante. Il s'agit de la révision d'un contrat annulable, et par conséquent de la novation nécessaire d'une obligation annulable. On sait que la novation volontaire de l'obligation annulable est possible. Le nouvel accord opérant la novation est considéré en même temps comme une confirmation de celle-là. Il en va de même pour la novation nécessaire. En optant pour la révision du contrat, au lieu de son annulation, le juge ratifie celui-ci avant

---

(12) Voir, sur l'analyse de tous ces éléments, H. MAZEAUD, *La lésion dans les contrats*, in Travaux Capitant, op. cit., p. 181-182.

(13) Al. SANHOURY, *El Wassit*, op. cit., T. 1, p. 363 ; A. SOULTAN, *Les sources de l'obligation*, 1956, p. 169 ; T. FARAGH, *La théorie de l'exploitation en droit civil égyptien*, Thèse, L'Alexandrie, 1957, p. 223 et s. ; EL SADAH, *Les sources de l'obligation*, 1960, p. 222 ; A.-H. ABOUT STEET, *La théorie de l'obligation*, 1954, p. 187.

(14) L'emploi du terme « peut » est, selon M. Marty, l'un des procédés employés « par le législateur pour conférer au juge un pouvoir discrétionnaire » (G. MARTY, *La distinction du fait et du droit*, Thèse précitée, p. 272).

(15) Al. SANHOURY, op. cit., p. 373 ; A. SOULTAN, op. cit., p. 171 ; T. FARAGH, op. cit., p. 339 ; El SADAH, op. cit., p. 227 ; S. MORCOS, *Les principes des obligations*, 1960, p. 293 ; ABOU STEET, op. cit., p. 187. Selon les auteurs égyptiens, le juge ne peut pas annuler le contrat quand la partie lésée se borne à demander la réduction. Cf. les mêmes auteurs sur d'autres questions telles que le délai de l'action, son application aux contrats aléatoires et aux contrats à titre gratuit, et l'offre de verser un supplément présenté par l'exploitant.

la lésion comme « un vice du contrat lui-même », comme le veut M. Kluyskens (4).

Ainsi, pour sanctionner le déséquilibre énorme des prestations, le législateur égyptien recourt dans un texte général de la théorie des obligations à un élément subjectif, celui de l'exploitation de l'une des parties par l'autre. Il faut qu'il soit « établi que la partie lésée n'a conclu le contrat que par suite de l'exploitation par l'autre partie de sa légèreté notoire ou d'une passion effrénée ». Il s'agit donc d'une addition d'un nouveau concept, celui de l'exploitation, au concept principalement envisagé, celui de la lésion ; une opération diamétralement opposée à celle de l'élimination des concepts, dont parle J. Dabin (5). Il ne s'agit pas d'une substitution des concepts, comme le croit F. Gény (6), car l'élément subjectif s'ajoute à l'élément objectif sans se substituer à lui. D'ailleurs, l'élément subjectif visé par le Code égyptien est lui-même complexe. concernant les deux contractants à la fois. L'exploitation signifie que l'exploitant a commis une faute, et que la volonté de l'exploité était viciée (7). D'autres codes, comme le Code allemand, ne voient l'exploitation que du côté de l'exploitant. Selon l'article 138 du B.G.B., l'exploitation constitue une atteinte contre les bonnes mœurs. Il s'agit d'un « délit civil », comme le dit Saleilles (8). Et la même idée existe en droit anglais sous le nom « de l'abus d'influence » (9). En effet, il n'y a entre la faute et l'abus d'influence que « la différence de la terminologie », dit M. Demontès (10).

Cependant, la position de ce dernier avec les autres auteurs qui font prévaloir l'idée de l'exploitation-faute, en récusant toute idée d'exploitation-vice (11), nous paraît excessive. En réalité, l'idée du

---

(4) KLUYSKENS, *La lésion dans les contrats en Belgique*, in Travaux Capitant, 1945, pp. 202-205.

(5) Pour J. Dabin, la considération de l'inégalité objective, sans tenir compte de l'élément subjectif, constitue une élimination. (J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, op. cit., pp. 158-161). En réalité, la non-considération de l'élément subjectif ne forme aucune élimination, car la lésion est essentiellement objective. C'est la considération de l'élément subjectif qui constitue une addition.

(6) F. GÉNY, *Science et technique*, op. cit., T. 3, pp. 64-65.

(7) Al. SANHOURY, *El Wassit*, op. cit., T. 1, p. 368.

(8) SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, op. cit., p. 298 ; Adde, WOLKMAR, *La révision des contrats par le juge en Allemagne*, op. cit., p. 23.

(9) GUTTERIDGE, *La révision des contrats par le juge en droit anglais*, op. cit., p. 36.

(10) Emile DEMONTÈS, *Observations sur la théorie de la lésion dans les contrats*, in Mélanges Capitant, op. cit., p. 179-180.

(11) Emile DEMONTÈS, *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, Paris, 1924, p. 213 et s. ; *Observations sur la théorie de la lésion*, op. cit., p. 171-190; WALINE, *L'individualisme et le droit*, op. cit., p. 193 ; Comp. J. MAURY, *De la notion d'équivalence*, op. cit., p. 169-170.

(son inexpérience, l'exploitation de l'un par l'autre, etc...) ; il pourrait relever aussi de la nature même du contrat (nature technique de certains contrats) ; il pourrait résulter, enfin, des circonstances extérieures (événements imprévus). Dans aucun cas, cet élément ne fait partie de l'idée même de la lésion, c'est-à-dire du déséquilibre des prestations. Sa fonction consiste seulement à donner à l'inégalité objective sa signification morale. C'est cet élément qui permet de reconnaître la fiction de justice dans le contrat lésionnaire, et justifie par conséquent sa révision. L'idée de la lésion est toujours la même. C'est seulement sa qualification morale qui exige le recours à un autre élément qui pourrait être subjectif ou non.

Enfin, la lésion peut exister au moment de la conclusion du contrat, mais il peut s'agir aussi d'une lésion a posteriori, ce que nous étudierons successivement.

SOUS-SECTION I

LA LESION AB INITIO

Il s'agit moins de démontrer la différence entre le droit français et le droit égyptien que d'appliquer un principe unique aux droits des deux pays. Les applications que nous étudierons ici se distinguent l'une de l'autre par l'élément dont nous avons parlé dans le paragraphe précédent. Quelques-unes de ces applications existent dans les droits des deux pays, mais d'autres appartiennent exclusivement au droit de l'un d'entre eux. Envisageons d'abord l'exploitation de l'une des parties par l'autre.

79. — *L'EXPLOITATION SELON L'ARTICLE* 129 *DU CODE CIVIL EGYPTIEN.*

Pour envisager « le problème de l'aménagement technique de la lésion » (1), un problème considéré parfois comme « insoluble » (2), il faut, comme nous l'avons déjà dit, faire appel à un autre élément accompagnant le déséquilibre des prestations, un élément « venant renforcer la lésion, lui donner un caractère suffisamment odieux » (3). L'inégalité objective ne suffit pas seule. On ne saurait considérer

(1) G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, op. cit., T. 2, p. 149.

(2) G. RIPERT, *La règle morale*, op. cit., p. 105.

(3) J. PERRIN, *Essai sur la réductibilité des obligations excessives*, op. cit., p 305

LES APPLICATIONS DU JUGEMENT CONSTITUTIF DE L'OBLIGATION EN FRANCE ET EN EGYPTE

78. — *LA LESION* (*lato sensu*).

L'idée technique de l'obligation judiciaire étant la même, ses applications, soit en France, soit en Egypte, répondront au même principe. D'ailleurs, cette idée est applicable à tout autre droit positif admettant la révision du contrat par le juge. Ainsi, les applications que nous envisagerons ici pourront être augmentées, diminuées, ou remplacées par d'autres, sans que l'idée soit touchée elle-même.

Quant au fond du problème, toutes ces applications peuvent être ramenées à l'idée de la lésion (lato sensu), c'est-à-dire le déséquilibre des prestations. Cependant, il n'est pas vrai de dire que tout déséquilibre objectif des prestations est un signe d'injustice. Le contrat repose sur l'équivalent voulu. Et même au point de vue de la morale, on ne saurait faire abstraction du rôle de la volonté dans la réalisation de la justice commutative. Le seul déséquilibre des prestations ne permet donc pas de reconnaître l'injustice dans le contrat.

En revanche, quand au déséquilibre des prestations s'ajoute un autre élément, comme l'inexpérience de l'un des contractants, l'exploitation de l'un par l'autre, la force économique de l'une des parties, ou la survenance d'événements imprévus, etc..., la Raison pourra en tirer l'injustice dans le contrat, et admettre par conséquent sa révision. D'ailleurs, l'élément permettant la reconnaissance de l'injustice contractuelle peut se trouver dans la personne du contractant, dans la nature du contrat, ou dans des circonstances extérieures. Ainsi, la distinction entre lésion objective et lésion subjective ne nous paraît pas satisfaisante. Or, la lésion est principalement objective. Elle consiste en l'inéquivalence des prestations. L'élément permettant de tirer du déséquilibre objectif une condamnation morale contre le contrat pourrait être subjectif concernant l'une des parties

CHAPITRE IV

LES APPLICATIONS, L'ANALYSE ET LES EFFETS DU JUGEMENT CONSTITUTIF D'OBLIGATION

La formule de la théorie de l'obligation judiciaire s'énonce : en révisant une obligation contractuelle, le jugement éteint celle-ci et en fait naître une nouvelle. Ce jugement est novateur, constitutif et source d'obligation. Dans la première section, nous étudierons les applications de cette notion. Dans la deuxième, nous entreprendrons l'analyse du jugement constitutif de l'obligation avec l'indication de ses effets.

***

Le critère du jugement constitutif d'obligation, c'est donc le pouvoir discrétionnaire accordé au juge. Et il y aura lieu, dans le prochain chapitre, d'analyser cette idée du pouvoir discrétionnaire ; mais il suffit pour le moment de souligner que celui-ci résulte des règles souples accordant au juge une certaine liberté d'appréciation. Et la règle souple est celle qui s'élabore sur des directives, ou sur des standards.

77. — *CONCLUSION.*

Il est clair de ce qui précède que le contrat, c'est la volonté, et qu'une révision nécessaire et impérative du contrat se dirige contre la volonté. La modification du contrat n'est autre chose que la substitution d'une technique nouvelle à la technique contractuelle. Une nouvelle force se substitue à la force contractuelle. La force nouvelle pourrait être celle de la volonté unilatérale de l'un des contractants, du législateur ou du juge. Et, pour que la substitution soit judiciaire, il faut que le juge dispose librement du contrat, il faut que la modification émane effectivement de sa propre volonté. En se substituant au contrat, le jugement crée une nouvelle obligation, c'est l'obligation judiciaire. Celle-ci se substitue à l'obligation contractuelle, déjà éteinte. Il y a donc substitution d'une force à une autre, et substitution d'une obligation à une autre, et tout cela s'accomplit en même temps, car l'effet n'est point séparable de sa cause.

encore de déformer la signification de la règle du droit en lui donnant le même sens de « rule » en droit anglo-américain ? Ainsi, « la règle, selon M. Al. Sanhoury, donne une solution fixe à une hypothèse déterminée. Fixité quant aux faits prévus, et fixité quant à la solution applicable à ces faits, voilà le trait caractéristique de la règle » ([182]). Or, la vérité en est autrement. La règle juridique ne se caractérise point par la rigidité, car il y a à côté des règles rigides des règles souples. Tout dépend des termes utilisés dans l'élaboration de la règle, de ce que ces termes soient rigides ou souples. Un standard n'est autre chose qu'une directive, un terme souple, une formule élastique ou « un paragraphe » caoutchouc » ([183]), selon l'expression de F. Gény. Et, si l'on analyse la règle juridique en hypothèse et solution ([184]), il suffit, pour qu'elle soit souple, que l'une de ses deux parties soit formulée par un terme souple ou par un standard. Celui-ci pourrait donc relever, soit de l'hypothèse de la règle, soit de la solution, soit de tous les deux. Mais il n'est nullement question de comparer le standard à la règle ([185]). La comparaison est concevable seulement entre règle souple et règle rigide. La règle souple, comme le dit M. Houin, « est une marque de confiance envers le juge » ([186]). Elle lui permet d'adapter le droit aux faits, pour réaliser ce qu'on appelle l'individualisation du droit ([187]).

---

(182) A.A. Al. SANHOURY, *Le standard juridique*, in Recueil F. Gény, 1935, T. 2, p. 145.

(183) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, op. cit., T. 2, p. 83.

(184) J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif.*, op. cit., pp. 106-107, 166.

(185) MM. Marty et Raynaud s'en expriment très justement. Pour eux, la notion du standard « consiste à élaborer la règle... etc. ». Il s'agit donc d'une élaboration de la règle elle-même (G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, op. cit., T 1, p. 101). De même, le doyen P. Roubier parle « des règles d'une grande adaptabilité et d'une grande souplesse » (P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 111). Aussi, G. Ripert intègre le standard dans la règle (G. RIPERT, *Le régime démocratique*, op. cit., p. 210). Il en va de même pour M. HÉBRAUD (*L'acte juridictionnel et la classification des contentieux à propos de la condamnation pénale*, in Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1949, p. 166-167). De même, M. J. Dabin n'oppose pas le standard à la règle tout court, mais à « la règle (rigide) ». (J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, op. cit., p. 137).

(186) R. HOUIN, *De Lege Ferenda*, in Mélanges P. Roubier, T. 1, p. 287. Mais il faut signaler que M. Houin utilise le mot standard comme synonyme de principe général (*Ibid.*, p. 289). Il y a des auteurs qui ont donné au standard un sens inverse de son véritable sens. En adoptant le standard, dit M. Ed. Salle de la Marnierre, « la liberté d'appréciation du juge est limitée ». (*L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, Thèse, Paris, 1930, p. 330).

(187) R. Saleilles préconise non seulement l'individualisation de la peine, mais aussi de toute sanction du droit. Voir P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *La contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté.* L'œuvre de Raymond Saleilles, 1914, pp. 421, 422, 423, 424, 429.

tionnement et dans son domaine d'application » ([176]). Il s'agit donc d'un « procédé du droit faisant concurrence à la règle » ([177]). Quelques-uns, tels que M. Al. Sanhoury, affirment « la supériorité du " standard " sur la " règle " » ([178]) ; d'autres, tels que le doyen Maury, le standard lui « apparaît comme inférieur à la règle » ([179]).

A l'encontre de ces honorables juristes, nous devons affirmer que le système juridique, soit français, soit égyptien, repose seulement sur des règles du droit. Le standard ne fait aucune concurrence à la règle. Il n'a aucune existence en dehors d'elle. Il n'est même concevable qu'en faisant partie d'elle. Et cela empêche toute comparaison entre les deux.

Il existe, il est vrai, une comparaison en droit anglo-américain entre le « standard » et le « rule », mais il sera faux de traduire le mot anglais « rule » par le mot français « règle », et de traduire du même coup la différence entre le «standard » et le « rule » en différence entre le « standard » et la règle du droit.

Qu'est-ce qu'un « rule » en droit anglo-américain ? « Rules, dit le doyen Roscoe Pound, that is, definite, detailed provisions for definite, detailed states of fact » ([180]), une solution fixe pour une hypothèse fixe. Le « rule » se caractérise donc par la fixité et la rigidité, et cela n'a rien à voir avec la règle du droit qui pourrait être souple ou rigide selon le cas. « En tant que terme technique de la terminologie anglo-américaine, dit Lambert, le mot « rule » est intraduisible dans notre langue. Le correspondant français est solution jurisprudentielle. M. Pound remarque avec raison qu'on trouverait l'équivalent de ces règles légales englo-américaines dans les leges barbarorum, et notamment dans notre vieille loi salique qui n'est, en effet, dans sa grande masse, qu'un recueil de jugements concrets donnant d'avance les solutions à appliquer aux types les plus usuels de procès ou de cas pouvant se présenter dans la pratique » ([181]). Mais il est regrettable que Lambert fasse cette très importante remarque dans une note et n'hésite pas à parler dans le texte de « rule » comme synonyme de la règle du droit. N'est-ce pas une chose énorme de traduire un mot anglais intraduisible par l'expression juridique « règle du droit » sur laquelle repose tout le système juridique français et égyptien ? N'est-ce pas plus grave

---

(176) A.A. Al. Sanhoury, *Thèse précitée*, p. 38.

(177) M. Hauriou, *Police juridique et fond du droit*, op. cit., p. 266.

(178) Al. Sanhoury, *Thèse précitée*, op. cit., p. 55.

(179) J. Maury, *Observations sur les modes d'expression du droit*, op. cit., p. 179.

(180) Roscoe Pound, *An introduction of the philosophie of law*, 1922, p. 115. Voir en la matière ibid., pp. 115-143 ; Adde, *The administrative application of legal standards*, XLIV, American Bar, Association reports, pp. 445-463.

(181) Ed. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, 1921, p. 205, note 1.

Et le pouvoir discrétionnaire du juge dépend de la nature même de la règle juridique disposant la révision, de ce qu'elle soit souple ou rigide. C'est dans des règles souples que le juge puise sa liberté d'appréciation. Et cela nous mène à l'étude de la notion du standard juridique.

76. — *LE STANDARD JURIDIQUE : UNE NOTION MAL COMPRISE A CAUSE DE LA FAUSSE TRADUCTION DU MOT ANGLAIS « RULE ».*

On a donné beaucoup d'importance à la notion du standard, soit de la part de ses partisans, soit de la part de ses adversaires. Parmi les premiers, G. Morin voit en cette notion « le remède nécessaire de la crise du contrat » et aussi « de la crise de la loi », et il se félicite d'en être le premier défenseur, devant la société française de Philosophie, dans sa séance du 27 décembre 1924 (170). M. Hauriou le considère comme l'un des « éléments décisifs », expliquant « la crise que subit en ce moment le droit privé » (171). Pour M. Al Sanhoury, il s'agit d'une notion supérieure à la méthode d'interprétation de F. Gény (172). Parmi les seconds, le doyen Maury parle facilement des « théoriciens » (173) du standard. Cependant, cette estimation quelque peu exagérée n'allait pas sans susciter de réaction aussi démesurée. Ainsi, L. Duguit se demande « pourquoi l'on se sert du mot anglais et d'un barbarisme français pour désigner des choses aussi simples et vieilles que le monde » (174).

Que les juristes se séparent l'un de l'autre, quant à la valeur accordée au standard, ils ont poutant en commun cette idée que le standard est un mode d'expression du droit différent de la règle et comparable à elle. Toute la littérature juridique en la matière s'occupe, avant tout, de mettre l'accent sur « les différences profondes qui caractérisent et distinguent... ces deux procédés diamétralement opposés », selon les termes de M. Stati (175). « Le standard, croit M. Al. Sanhoury, diffère de la règle dans sa nature, dans son fonc-

---

(170) G. Morin, *La loi et le contrat*, op. cit., pp. 46-47.

(171) M. Hauriou, *Police juridique et fond du droit*, in Rev. trim. de dr. civ., 1926, p. 294.

(172) A.A. Al. Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise.* Thèse, Lyon, 1925, pp. 36-37.

(173) J. Maury, *Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives*, in Recueil Lambert, 1938, T. 1, p. 423.

(174) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., T. I, p. 168.

(175) Marcel O. Stati, *Le standard juridique*, Thèse, Paris, 1927, p. 103.

teur, la novation sera législative, et si elle émane du juge, la novation sera judiciaire.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue que le juge ne saurait réviser un contrat sans délégation expresse du droit positif pris dans ses sources différentes, parmi lesquelles la loi tient la place d'honneur. C'est surtout par délégation législative que le juge peut modifier les clauses du contrat ([164]).

D'autre part, la modification législative ne serait réalisable dans la majorité des cas que par l'intermédiaire du juge.

Néanmoins, la distinction entre novation législative, et autre judiciaire, se maintient clairement. Son critère est tiré de l'étendue du pouvoir d'appréciation accordé au juge.

C'est seulement quand le juge dispose librement du contrat qu'on peut parler de novation judiciaire. C'est seulement quand le droit positif livre le contrat à la justice du juge qu'on peut parler d'obligation judiciaire. Il faut que le juge possède un pouvoir discrétionnaire pour que son intervention soit créatrice d'une obligation nouvelle. Or, selon une expression caractéristique de M. Al Sanhoury, en appliquant la théorie de l'imprévision, le législateur égyptien « a laissé les coudées franches au juge » ([165]), dans le contrat. Il s'agira là, en effet, d'une novation judiciaire proprement dite.

Mais il va sans dire que le juge ne saurait abuser de son pouvoir. D'ailleurs, le droit positif, en lui accordant une telle liberté, lui fait un acte de confiance ; il suppose que le juge est vraiment « la justice incarnée » ([166]), selon les termes du Philosophe, ou « la justice vivante » ([167]), selon l'expression de Saint Thomas d'Aquin. « Le juge, dit Aristote, prend ce qui, dans la partie la plus grande, dépasse la moitié, et ce qui est repris ainsi est ajouté à la partie la plus petite » ([168]). Ainsi, « le juge, dit encore le Philosophe, maintient la balance égale entre les deux parties » ([169]). Et si le juge fait quelquefois fausse route, ce sera le risque du recours à une volonté humaine pour la réalisation de la justice, recours pourtant indispensable dans notre monde. En effet, la révision du contrat par le juge n'est que la substitution d'un moyen technique à un autre moyen jugé incapable d'atteindre son but dans des cas particuliers.

---

(164) Le pouvoir de révision pourrait être délégué au juge par une autre source que la loi, comme la jurisprudence par exemple. Ainsi, le juge français puise son pouvoir de modifier le contrat du mandataire, de l'architecte, du médecin, etc..., dans la jurisprudence.

(165) Al. Sanhoury, *El Wassit*, T. 1, 1952, p. 646. L'expression de M. Al. Sanhoury a été reproduite dans les arrêts de la jurisprudence. Trib. du Caire du 31 oct. 1953, Al Mohamah, fév. 1954, p. 828.

(166) Aristote, *Ethique de Nicomaque*, 5, 4, 7.

(167) Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Qu. 58, 1, 5.

(168) Aristote, *Ethique de Nicomaque*, 5, 4, 8.

(169) *Ibid.*, 5, 4, 8.

à tous les principes du droit civil » (157). Il s'agit, dit M. Savatier, d'une « brisure d'un contrat pour en faire, à la demande de l'une des parties, quelque chose de tout à fait différent qu'on imposera à l'autre » (158). Et il semble vrai d'affirmer, avec G. Ripert, que toutes « ces modifications seront intervenues par l'effet de la volonté unilatérale » (159).

En effet, le rôle assigné à la volonté unilatérale est énorme. Il est juste, comme le déclare la Cour suprême, que « s'il n'y a accord entre les parties, la conversion ne peut résulter que d'une décision de justice » (160), mais cela ne saurait altérer « le caractère obligatoire de la conversion » (161). Les commissions partiaires contrôlent seulement la bonne application de la loi, et surtout la demande de reprise qui opposerait le bailleur à la demande de conversion présentée par le fermier. Et, en ce cas-là, le contrôle porte sur le droit à la reprise dont les conditions sont difficiles à remplir, et non pas sur le droit à la conversion. Si la demande de reprise est écartée, la conversion est de droit (162). D'ailleurs, aucun obstacle n'empêchera la conversion, si la demande est présentée par le bailleur. Ainsi, toutes « les relations des parties seront bouleversées de fond en comble par la substitution du fermage au métayage » (163).

La volonté unilatérale éteint d'un seul coup toutes les obligations découlées du contrat de métayage et en fait naître de nouvelles obligations groupées dans le cadre d'un autre contrat, celui du fermage. Que cette novation soit nécessaire. Mais c'est un cas étrange et exceptionnel.

75. — *NOVATION LEGISLATIVE ET NOVATION JUDICIAIRE.*

Toute modification d'une obligation contractuelle émanant d'une cause étrangère à la volonté des parties nécessite dans tous les cas la novation de cette obligation. Si la modification vient du législa-

(157) PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, op. cit., T. 3, 1958, p. 637.

(158) Discussion du problème de l'intervention de l'Etat dans les contrats, in Travaux Capitant, 1945, p. 164.

(159) G. RIPERT, *Le statut du fermage*, D. Ch. 1946, 1.

(160) Cass. soc. 20 déc. 1951, R.F. 1952, p. 98.

(161) J. GIFFARD, *Conversion du métayage en fermage*, in Revue des fermages, 1954, p. 42.

(162) Cass. soc. 10 mai 1948, Code annoté, 3e éd., p. 454.

(163) H. DESBOIS, *Commentaire sur la loi N° 54-44 du 14 janvier 1954*, D. 1955, 2, 465.

74. — *NOVATION NECESSAIRE PAR VOLONTE UNILATERALE.*

Toute modification d'une obligation contractuelle émanant d'une source extérieure à la volonté des contractants nécessite la novation de cette obligation. Ainsi, si l'on peut concevoir la modification du contrat par la volonté unilatérale de l'une des deux parties, on aboutira à la novation nécessaire par volonté unilatérale.

En droit adminitstratif, il est de principe que les contrats pourront être modifiés par la volonté unilatérale de l'administration, selon l'exigence de l'intérêt général, à condition de dédommager l'autre partie (147). On a essayé en vain de rattacher la réglementation nouvelle à la volonté des parties (148). Il s'agit, en effet, d'une novation de l'obligation contractuelle par la volonté unilatérale de l'administration. L'obligation contractuelle se transformera en obligation administrative (149).

En revanche, il est très difficile, en droit civil, de concevoir la modification du contrat par la volonté unilatérale de l'une des parties. Même, les auteurs qui affirment la « désagrégation » de l'autonomie de la volonté n'hésite pas à refuser la révision unilatérale (150). C'est pourquoi R. Demogue, dans son article « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale » (151), conclut que « la modification ne peut porter que sur un point non essentiel » (152). D'ailleurs, la thèse de Demogue est très équivoque. Il confond la modification par volonté unilatérale avec la modification par le juge (153), et en général la volonté unilatérale vaut chez lui « sans la volonté de tous » (154).

Cependant, on trouve un exemple choquant dans la conversion des baux à colonat partiaire en baux à ferme. Ainsi, l'article 862 du Code rural français dispose que : « tout bail à colonat partiaire doit être converti en bail à ferme si le propriétaire ou le colon en fait la demande ». Cette disposition est considérée comme « extraordinaire » (155), « un carcan légal incompréhensif » (156) qui « déroge

(147) Waline, *L'individualisme et le droit,* op. cit., p. 197.

(148) J. Soto, *Imprévision et économie dirigée.* J.C.P., 1950, 1, 817.

(149) L'obligation administrative pourrait faire l'objet d'une étude spéciale.

(150) G. Morin, *La désagrégation de la théorie contractuelle du Code,* op. cit., p. 21.

(151) Rev. trim. de dr. civ., 1907, p. 245-310.

(152) Idem, p. 309.

(153) Idem, p. 307.

(154) Idem, p. 302.

(155) G. Ripert, *Le déclin du droit,* op. cit., p. 183 ; Adde, *Les forces créatrices du droit,* op. cit., p. 220.

(156) R. Savatier, *Les métamorphoses,* op. cit., 3e série, 1959, p. 266.

le législateur de déroger quelquefois à l'un ou à l'autre des deux principes. Et peut-être, cette dérogation serait recommandée par des considérations de justice plus hautes que toute autre chose. Appliqués aux contrats, les deux principes sont de simples auxiliaires de l'autonomie et de la volonté privée [143]. Et il est évident que ceux-là n'auront pas de valeur supérieure à celui-ci. « En tout cas, le législateur a tout pouvoir pour détruire les contrats dont il estime l'exécution impossible ou injuste » [144]. Et le redressement des contrats est concevable sous deux formes différentes. La première est indirecte ; elle se réalise quand la loi nouvelle modifie seulement les règles juridiques régissant les contrats en cours. La deuxième porte directement sur ceux-ci, quand la loi nouvelle modifie ou permet la modification de leurs dispositions mêmes. Et, dans les deux cas, la loi nouvelle éteint l'obligation contractuelle et en fait naître une nouvelle.

Dans le premier cas, la novation nécessaire s'explique ainsi : en tant que source d'obligation, le contrat puise sa force dans une autre source plus haute, c'est la loi sous laquelle il a été formé. C'est l'idée de la hiérarchie des sources (N° 58). Or, la destruction d'une cause supérieure est suffisante pour détruire toutes les autres causes dépendantes d'elle. Ainsi, le maintien du contrat en cours est conditionné par la survie de la loi ancienne. C'est là, croyons-nous, la justification de ce principe [145].

Dans le deuxième cas, la novation nécessaire paraît plus claire. En révisant directement le contrat en cours, ou en permettant au juge de le faire, la loi nouvelle substitue à l'obligation contractuelle une obligation nouvelle. Modifier un contrat, c'est, comme le dit le doyen Roubier, « substituer à l'organisation prévue par les parties une autre organisation » [146].

On conclura donc que les principes du conflit des lois dans le temps en matière de contrat sont établis de manière à maintenir les contrats en cours et à empêcher la novation des obligations contractuelles. Et quand le législateur déroge à ces principes, il vise principalement la substitution d'une nouvelle réglementation à celle prévue par les contractants.

---

(143) P. Roubier, *Le droit transitoire*, op. cit., p. 398 ; G. Marty, *Rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, op. cit., p. 87 ; L. Josserand, *Un ordre juridique nouveau*, op. cit., D. Ch. 1937, 44.

(144) G. Ripert, *Le régime démocratique*, p. 289.

(145) Comp. les différentes théories exposées par P. Roubier, *Le droit transitoire*, op. cit., pp. 385 et s.

(146) *Ibid.*, op. cit., p. 439.

donc un autre élément nouveau dans l'obligation nouvelle, c'est son objet ou sa modalité.

Néanmoins, c'est seulement le changement de la cause qui caractérise la novation nécessaire. C'est la source nouvelle qui explique le caractère nécessaire de la novation. Or, sans l'intervention d'une nouvelle source, le seul changement de l'objet effectué par les contractants eux-mêmes ne saurait opérer la novation de l'obligation contractuelle, sans l'animus novandi de ceux-là. Au contraire, la simple modification de l'obligation contractuelle effectuée par une autre cause en dehors de la volonté des parties nécessite dans tous les cas la novation de cette obligation. Car il ne sera aucunement possible de concevoir le maintien de l'ancienne obligation après la destruction de sa source et la substitution d'une nouvelle à celle-là. D'ailleurs, il ne sera pas question d'un animus novandi des contractants, car la révision est principalement dressée contre leur volonté.

Bref, il y aura deux éléments nouveaux dans l'obligation nouvelle, sa source et son objet, ou l'une de ses modalités. Mais c'est le premier qui caractérise l'opération.

73. — *NOVATION NECESSAIRE ET CONFLIT DES LOIS DANS LE TEMPS.*

En matière de contrats, le conflit des lois dans le temps est réglé exceptionnellement par le principe de la survie de la loi ancienne sous laquelle le contrat en cours a été conclu. L'effet immédiat de la loi nouvelle est écarté, comme l'effet rétroactif [138]. Et le principe de la survie de loi ancienne s'applique même quand les dispositions de la loi nouvelle sont impératives. Que le principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle constitue « une règle supérieure » [139], ou « une règle de la technique fondamentale », selon l'expression de G. Ripert [140], dont le non-respect signifie « le non-droit absolu, la destruction de l'idée de droit » [141]. Que le principe de la survie de la loi ancienne en matière de contrat soit considérée comme « plus ample de protection » [142], cela n'empêche pas

(138) P. Roubier, *Le droit transitoire*, 2e éd., 1960, pp. 360 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, op. cit., T. 1, p. 182 ; H. Kira, *Assoul El Kanoun (Les principes du droit)*, en arabe. L'Alexandrie, 1959-1960, p. 449.

(139) P. Roubier, *Le droit transitoire*, op. cit., p. 435.

(140) G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 322.

(141) G. Ripert, *Le déclin du droit*, op. cit., p. 179 ; Comp. *Le régime démocratique*, op. cit., p. 288.

(142) P. Roubier, *Le droit transitoire*, op. cit., p. 392.

P. Durand affirme qu' « une situation légale succède à la situation contractuelle » ([133]). Ainsi, à propos du renouvellement du bail, R. Morel déclare : « il a existé entre les parties un contrat qui est venu à expiration, mais que la loi transforme en un rapport légal. Il s'agirait moins, en pareil cas, d'un rapport contractuel d'origine légale que... d'un rapport légal d'origine contractuelle » ([134]). M. R. Savatier affirme la même idée dans d'autres termes : « Partout, dit-il, où la liberté s'en va, et où une force reste, cette force est celle de l'ordre public et de l'Etat » ([135]).

En effet, la technique de la novation nécessaire s'impose. Son idée nous est venue du premier jour où nous avons commencé l'étude de la révision du contrat par le juge, et dès lors nous ne lui avons pas trouvé d'alternative. D'ailleurs, l'accord spontané des juristes cités ci-dessus, sur la même idée, empêche d'attribuer le mérite de sa création à l'un ou à l'autre d'entre eux. L'idée est trop près de tout esprit pour être l'invention exclusive d'une personne déterminée. Elle est trop simple pour être originale. La rencontre de tant d'esprits sur la même voie n'est-elle pas l'une des manifestations de l'unité de la raison humaine dont parle Descartes dans son « Discours de la méthode » ([136]). Voici que l'unité de la raison l'emporte sur son infirmité. La fiction du contrat cède la place devant un concept nouveau traduisant très adéquatement la réalité juridique, celui de l'obligation judiciaire.

72. — *L'ELEMENT NOUVEAU.*

Il est clair de ce qui précède que la novation nécessaire s'opère par changement de cause. L'élément nouveau dans l'obligation nouvelle, c'est donc sa source ou sa raison juridique. Une source nouvelle qui serait la loi ou le jugement, selon les cas ([137]), succédera au contrat, déjà détruit.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue que l'intervention de la nouvelle source a été entreprise dans le but de changer l'objet de l'obligation contractuelle, ou l'une de ses modalités. Il y aura

---

(133) P. DURAND, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, in Rev. trim. de dr. civ., 1944, p. 87.

(134) R. MOREL, *Le contrat imposé*, Etudes Ripert, 1950, T. 2, p. 124.

(135) R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, op. cit., 1952, p. 59.

(136) DESCARTES, *Discours de la méthode*, op. cit., 1re partie, p. 1.

(137) Il y aura lieu un peu plus loin de distinguer entre novation législative et novation judiciaire.

modifiant le contrat, « le législateur substitue une obligation obligatoire à l'engagement né du contrat » [126]. Le doyen J. Maury affirme lui aussi, à propos de la réduction des obligations excessives du mineur émancipé, que « le juge se met à la place » [127] de celui-ci. Ainsi, il était normal qu'au long des travaux de la Semaine internationale du droit de 1937, traitant spécialement le problème de la révision des contrats par le juge, l'idée d'une substitution d'une obligation à une autre n'y soit pas absente. Pour M. Volkmar, en modifiant le contrat, le tribunal « substitue au contenu convenu par les parties un contenu nouveau » [128]. Selon M. Gutteridge, « si les tribunaux exigeaient l'exécution dans les conditions nouvelles, ils créeraient en réalité un nouveau contrat entre les parties » [129]. Le mot même de novation a été utilisé par le rapporteur général, J.-P. Niboyer. « Appelons les choses par leur nom, dit-il : le contrat révisé n'a plus du contrat que le nom, et c'est au milieu de ses décombres que vient s'établir la réglementation du juge dont, d'ailleurs, nous ne contestons pas l'utilité sociale. C'est donc la technique du contrat qui s'est opposée, en France, à l'imprévision, jusqu'ici sa qualification de base même. Cela ne veut pas dire que les contrats doivent toujours s'exécuter, mais il appartient alors au législateur, en intervenant et en chargeant le juge d'être l'exécuteur de sa pensée, de faire la novation de l'obligation contractuelle en une obligation désormais purement légale, novation que peuvent justifier les circonstances spéciales » [130]. En effet, si l'on se permet d'apprécier les résultats de cette Semaine internationale, on dira que ces quelques lignes du rapport général sont plus importantes que toutes les autres discussions au point de vue de la technique juridique.

La même idée n'a jamais cessé de se faire jour. Selon P. Louis-Lucas, « l'obligation contractuelle suppose nécessairement le libre accord des contractants. Si cet accord n'existe pas et si pourtant l'obligation subsiste, c'est que l'obligation a cessé d'être contractuelle pour devenir légale » [131]. Ainsi, pour M. Harven, le pouvoir se substitue aux individus et veut à leur place » [132]. De même,

---

(126) G. Ripert, *Le régime démocratique*, op. cit., N° 160, p. 192 ; Adde, *La règle morale*, op. cit., p. 156.

(127) J. Maury, *De la notion de l'équivalence*, Thèse précitée, p. 163.

(128) Wolkmar, *La révision des contrats par le juge en Allemagne*, in Travaux de la Semaine internationale du droit, Sirey, 1938, p. 15.

(129) Gutteridge, *La révision des contrats par le juge en droit anglais*, in Travaux de la Semaine internationale du droit, Sirey, 1938, p. 41.

(130) Sirey, 1938, pp. 11-12.

(131) P. Louis-Lucas, *L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé*, in Etudes Capitant, op. cit., 1939, p. 477.

(132) P. Harven, *Discussion du problème de l'intervention de l'Etat dans les contrats*, in Travaux Capitant, 1945, p. 142.

quant « l'infirmité » de l'esprit humain (120). « Elle ne peut dispenser que provisoirement de la recherche du concept, vraiment adéquat à la réalité, qui doit demeurer l'objectif constant du jurisconsulte » (121). N'est-il pas temps d'abandonner « une voie pleine d'incertitudes, d'équivoques, voire d'erreurs et d'injustices » (122) ? Il nous semble que oui.

71. — *LA NOVATION NECESSAIRE.*

En révisant une obligation contractuelle, le jugement éteint celle-ci et en fait naître une nouvelle. Et cela ne signifie pas autre chose, que ce jugement soit novateur, constitutif et source d'obligation. La révision du contrat par le juge fait naître une obligation nouvelle, c'est l'obligation judiciaire. Cette idée paraît si naturelle qu'une grande partie de la doctrine y souscrit, sans lui donner, cependant, le développement qu'elle mérite. Ces juristes ne sont pas, il est vrai, très conscients de la technique de la novation nécessaire. Cependant, leurs formules plus ou moins adéquates expriment clairement cette idée de la substitution d'une obligation nouvelle, qui serait légale ou judiciaire, à l'obligation contractuelle déjà éteinte.

Ainsi, le Sénateur Morand déclare : « En droit, la révision du prix des baux porte doublement atteinte à la loi du contrat : car, après avoir détruit le bail en annulant la clause primordiale sur laquelle il repose, elle établit une convention nouvelle en fixant un nouveau prix et cela en dehors de la volonté des parties contractantes. Annuler un contrat est certainement chose grave, mais combien plus grave encore est le fait d'astreindre deux personnes à des obligations auxquelles l'une d'elles n'a jamais donné son adhésion » (123). De même, H. Capitant, dans une chronique déjà célèbre, fait siens les propos du Sénateur Morand (124). Pour Josserand, en modifiant les honoraires du mandataire, de l'architecte, du médecin, etc..., « la décision des pouvoirs publics se substitue alors à la décision conventionnelle » (125). Aussi, G. Ripert conclut que, en

(120) F. Gény, *Science et technique*, op. cit., T. 3, p. 398.

(121) *Ibid.*, op. cit., T. 3, p. 441. F Gény témoigne d'une hostilité particulière à l'égard des fictions de volonté. (Idem, p. 418).

(122) *Ibid.*, op. cit., T. 3, p. 416.

(123) Morand, *Rapport au nom de la Commission de législation civile et criminelle*, annexe N° 660, Jour. of., séance du 7 juillet 1932, Sénat, p. 996.

(124) H. Capitant, *Le régime de la violation des contrats*, D.H., 1934, p. 3, note 1.

(125) L. Josserand, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, op. cit., p. 25.

la volonté du juge (114), c'est tomber dans une nouvelle fiction, celle du contrat. Et il s'agira, cette fois-ci, d'une fiction-concept.

Par définition, « la fiction met le faux à la place du vrai » (115); elle « prend le contre-pied de la réalité » (316). Mais où est cette réalité à laquelle s'oppose la fiction ? Y a-t-il vraiment une vérité dans la vie ? Et voilà, nous sommes devant la question la plus grave dans la théorie de la connaissance. Cédant devant les relativistes, J. Dabin a dû affirmer « le caractère relatif de la notion de fiction » (117).

En effet, nous sommes de ceux qui croient à la vérité, et le Cogito cartésien nous paraît irréfutable. Nous croyons aux principes de la connaissance et surtout au principe suprême, celui de raison ou de causalité (N° 1) (118). Or, le principe de raison exige d'attribuer chaque effet à sa véritable cause. Attribuer les effets du jugement au contrat, c'est contredire le principe de raison. La fiction de contrat sera dirigée directement contre le principe suprême de la connaissance. Et les juristes ne s'y trompent pas (119).

Nous ne voulons pas faire ici le procès de la fiction du droit. Mais il suffit de remarquer qu'on n'a pu faire sa défense qu'en invo-

---

(114) Il y aura lieu plus loin de démontrer le caractère volontaire du jugement, en cas de la révision du contrat.

(115) J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif*, op. cit., p 279.

(116) F. Gény, *Science et technique*, op. cit., T. 3, p. 397 ; Adde, P. Roubier, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 115 ; G. Marty et R. Raynaud, *Droit civil*, op. cit., T. 1, p. 99.

(117) J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif*, op. cit., pp. 302 et s. — « Il peut arriver, dit-il, que la fiction d'hier, artificiellement créée par les juristes, représente la vérité scientifique de demain, etc... » (*Ibid.*, p. 317).

(118) Voir, sur la fiction qui contredit le principe de causalité, J. Dabin. idem, p. 292.

(119) Voir, sur la fiction du contrat, F. Gény, *Science et technique*, op. cit., T. 4, p. 21, note 2 ; J. Maynau, *Les fictions des contrats dans le Code civil et depuis le Code civil*. Thèse, Montpellier, 1924 ; Gounot, Thèse précitée, pp. 13, 218, 219 ; L. Josserand, *Les dernières étapes du dirigisme contractuel*, D. Ch. 1940, 7 ; R. Morel, *Le contrat imposé*, in Etudes Ripert, T. 2, p. 124 ; G. Morin, *Les tendances actuelles de la théorie des contrats*, op. cit., p. 560. Dans un autre article, G. Morin dénonce la fiction du contrat comme un « sophisme » (G. Morin, *La désagrégation de la théorie contractuelle du Code*, op. cit., p. 17) ; A. Rouast, *Le contrat dirigé*, op. cit., p. 321 ; Ch. El Wakil, *Essai sur la technique de l'obligation volontaire en droit civil égyptien*, p. 244 ; Waline, *L'individualisme et le droit*, op. cit., pp. 190-191 ; G. Ripert : La révision pour imprévision, selon lui, « ne sort pas du contrat, elle est dressée contre le contrat ». (*La règle morale*, op. cit., p. 153) ; R. Savatier, Sous le couvert du contrat, il ne reste « que l'ombre d'une ombre et le parfum d'un vase vide ». (*Du droit civil au droit public*, op. cit., p. 77) ; *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2e éd., 1952, pp. 68-69) ; G. Marty, *Rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, op. cit., pp. 86, 90, 96, 100 ; Boulanger, *Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi*, in Travaux Capitant, 1949, pp. 65, 66, 73 ; P. Esmein, *Discussion du problème de l'intervention de l'Etat dans les contrats*, in Travaux Capitant, 1945, pp. 125-126.

contrat, comme l'un des moyens de « la défense des volontés privées contre le dirigisme contractuel » (111) !

En résumé, le dirigisme relève de la politique juridique, des forces créatrices du droit, et non pas de la technique juridique. Sur le plan de la technique, le dirigisme ne signifie rien. Ainsi, dans les limites de notre sujet, dire que le contrat révisé est un contrat dirigé, ce n'est rien dire. Le problème technique de la révision du contrat reste tout entier.

70. — *FICTION DE JUSTICE ET FICTION DE CONTACT.*

Nous avons déjà remarqué que la présomption de justice sur laquelle repose le contrat tend quelquefois vers la fiction (112). Il y a des contrats qui blessent la justice et contredisent la raison. On ne saurait fonder sur de tels contrats sur la morale sans méconnaître la vérité. La méconnaissance de la vérité constitue, ici, une fiction, la pire de toutes les autres, à savoir la fiction de justice. Il ne s'agit pas d'une fiction-concept, qui pourrait être nécessaire pour l'élaboration technique du droit, mais il s'agit d'une fiction-motive justifiant la règle du droit elle-même. Or, il est inconcevable que l'injustice devienne un motif valable pour une quelconque règle de droit. La fiction de justice n'a aucune raison d'être. Son existence s'explique seulement par la difficulté de sa découverte. Il est difficile de conclure qu'un contrat soit juste ou injuste. Mais, une fois reconnue, la fiction de justice deviendra intolérable. Le droit positif doit réagir contre toute fiction reconnaissable de justice. Or, la révision du contrat injuste est l'une des manifestations d'une telle réaction.

Mais il est évident que le droit positif ne pourra supprimer l'injustice sans supprimer sa source, à savoir le contrat injuste. Toute conciliation entre la justice et le contrat étant fictive, l'extinction de l'obligation contractuelle deviendra indispensable. En recourant à la révision, « le juge détruit le contrat qui manque son but » (113). C'était là la conclusion de la première section de ce chapitre.

En révisant le contrat, le juge ne se borne pas à éteindre l'obligation contractuelle, mais à instaurer, de plus, une nouvelle réglementation des droits des parties. Affirmer l'existence d'un contrat déjà détruit, attribuer aux contractants des dispositions émanant de

(111) Alfred Reig, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Thèse Strasbourg, 1958. Librairie générale, Paris, 1961, pp. 238-249, et spécialement p. 249.

(112) Voir supra, N° 57.

(113) G. Ripert, *La règle morale*, op. cit., p. 143.

dre » ([104]) ; c'est montrer combien l'expression de dirigisme est vague et imprécise, et combien elle peut recevoir d'acceptions différentes, sinon contradictoires.

Et si l'auteur de la théorie n'en fait pas une utilisation précise, il ne sera pas étrange de constater la même chose chez les autres juristes. En général, on entend par dirigisme contractuel l'intervention dans le contrat pour le soumettre à l'économie dirigée. « L'économie dirigée, dit M. Rouast, conduit au contrat dirigé » ([105]). Le dirigisme contractuel est donc la conséquence du dirigisme économique, ou plus généralement du socialisme ([106]). Mais on peut entendre aussi par dirigisme le seul fait de l'intervention dans le contrat, abstraction faite de ses motifs, qu'ils soient économiques ou non. Le contrat peut être dirigé par le législateur, l'administration, le juge, pour atteindre des buts économiques, politiques ([107]) ou moreaux ([108]), etc... A cause de ses divers motifs et de ses multiples organes, le dirigisme contractuel ne saurait exprimer une notion harmonieuse. Tantôt, il implique l'intervention du juge dans le contrat, tantôt il lui interdit toute intervention. Ainsi, dans sa chronique, « Imprévision et économie dirigée » ([109]), M. J. Soto démontre que la politique gouvernementale tendait à récompenser le déficit de Gaz de France par le gain de l'Electricité de France, de façon que l'application jurisprudentielle de la théorie de l'imprévision sur l'entreprise gazière déficitaire deviendrait inutile. De même, M. Lerebours-Pigeonnière croit que « pour un contrat dirigé, soumis à des contrôles, il n'est pas nécessaire que le juge intervienne, puisque la loi, ou les règlements, ou l'administration, suivant les cas, imposent eux-mêmes les règles impératives » ([110]). En revanche, un auteur, tel M. Rieg, a pu proposer l'intervention du juge dans le

---

(104) L. Josserand, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, in Rev. trim. de dr. civ., 1937, p. 20. Cependant, et malgré ses hésitations, l'auteur de la théorie du dirigisme contractuel était toujours hostile à la révision du contrat par le juge. Le dirigisme lui paraît « intolérable, dans la mesure où il porte atteinte à des situations acquises, où il relâche le lien obligatoire, où il détruit l'équilibre des prestations établies par les parties... etc. ». (Idem, p. 30).

(105) Rouast, *Le contrat dirigé*, in Mélanges Sugiyama, op. cit., p. 318. Rouast, *Discussion sur le rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, in Travaux Capitant, 1949, p. 100-101.

(106) Julliot de la Morandière, *L'évolution moderne du droit des obligations*, Cours, op. cit., p. 383 ; L. Josserand, *Le contrat dirigé*, D. ch. 1933, 89; L. Josserand, *Un ordre juridique nouveau*, D. ch. 1937, 41.

(107) Voir sur le dirigisme politique en Allemagne hitlérienne, Volkmar, *La révision des contrats par le juge en Allemagne*, in Travaux de la Semaine Internationale du Droit, Paris, 1937, T. 2, Sirey, 1938, pp. 29-31.

(108) Le contrat est souvent dirigé vers un but moral, à savoir la justice.

(109) J.C.P., 1950, 1, 817.

(110) Lerebours-Pigeonnière, *Discussion sur le rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, in Travaux Capitant, 1949, pp. 103-104.

bare » (95). Cependant, l'expression est utilisée par tous les juristes, y compris G. Ripert lui-même (96).

En effet, cette théorie a l'inconvénient d'interpréter le droit civil par des techniques empruntées aux sciences économiques (97). N'est-ce pas un mauvais signe pour une branche du droit réputée, surtout par la richesse de sa technique propre, que de l'expliquer par l'appareil conceptuel d'une autre branche d'étude ?

Mais le plus important, c'est que le dirigisme relève de la politique juridique et non pas de la technique juridique. Et il en va de même pour le capitalisme, l'individualisme, le socialisme, etc... Tout cela représente moins une « technique » ou une « formule » qu'une philosophie sociale et politique (98). On peut parler des « aspects juridiques du capitalisme ou du dirigisme », mais non pas du « capitalisme ou du dirigisme juridique » (99). Il pourrait être vrai, comme le dit Josserand, que « l'économie bouscule le juridique, lui impose sa loi » (100), mais cela relève des forces créatrices du droit et non pas de ses moyens d'expression.

Sur le plan de la technique juridique, l'expression du dirigisme contractuel ne présente aucun intérêt spécial. Dire dans un moment de désespoir que « le contrat est dirigé vers sa ruine » (101), que son « existence même est en cause » (102), ou dire au contraire dans un moment d'optimisme que la crise du contrat « est une crise de croissance » (103), ou que le dirigisme pourrait être un « facteur d'or-

---

(95) PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, T. 2, 1957, p. 175.

(96) « La technique moderne, dit-il, connaît le contrat provoqué, forcé, dirigé... etc. ». (G. RIPERT, *Le statut du fermage*, du droit contractuel au droit de l'entreprise. D. ch. 1946, p. 1). Adde, *Le déclin du droit*, op. cit., p. 55.

(97) De même, il n'est pas souhaitable d'interpréter le droit par des expressions empruntées aux sciences naturelles. Et il nous paraît choquant d'utiliser les mots « dynamique » et « mécanique » pour expliquer « l'évolution de la notion de contrat ». (DIKOFF, Etudes Capitant, 1939, p. 217). Voir sur ce point le chapitre consacré par F. GÉNY, pour le langage juridique, *Science et Technique*, op. cit., T. 3, spécialement pp. 469, 475, 476, 484.

(98) J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, op. cit., p. 54, note 3.

(99) Voir par exemple le titre choisi par G. RIPERT pour son ouvrage « *Aspects juridiques du capitalisme moderne* ».

(100) L. JOSSERAND, *Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques*, in Etudes Capitant, p. 369.

(101) L. JOSSERAND, *Le contrat dirigé*, D.H. 1933, p. 91.

(102) L. JOSSERAND, *Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal*. D. ch. 1940, 5. Du même point de vue : SAVATIER : « Au fond, dit-il, c'est même la notion de contrat qui disparaît ». (*Du droit civil au droit public*, op. cit., p. 76) ; P. HÉBRAUD, *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, in Mélanges Maury, op. cit., p. 475 ; M. VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, op. cit., p. 94; G. MORIN, *Tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts*, in Rev. trim. de dr. civ., 1937, p. 558 ; G. MORIN, *La désagrégation de la théorie contractuelle du Code*, op. cit., pp. 10, 11, 14.

(103) L. JOSSERAND, *L'essor moderne du concept contractuel*, in Etudes Gény, 1935, T. 2, p. 346.

vers le réel ne permettra jamais d'identifier l'un d'avec l'autre. Le concept restera toujours une entité logique indépendante du réel. Et dans sa vie propre, le concept gardera son essence et sa nature intrinsèque. Or, l'idée de la nature des choses concerne toute chose, qu'elle soit donnée ou construite ; autrement, on aboutirait à la confusion des concepts, et par conséquent à l'impossibilité de traduire la réalité.

Il en résulte que le contrat n'a aucune valeur en soi. Son importance dépend de la place réservée à l'autonomie des volontés privées dans un système juridique déterminé. D'autre part, l'essence du contrat, c'est l'accord des volontés. « Les seuls engagements qui méritent le nom de contractuels, dit Durkheim, sont ceux qui ont été voulus par les individus et qui n'ont d'autre origine que cette libre volonté » (89). Le contrat ne signifiera jamais autre chose que l'accord des volontés. Aucune prétendue évolution ne permettra de contredire la nature des choses et de nommer un contrat, ce qui n'est pas un accord des volontés.

« Pour l'instant, dit G. Ripert, tout est confusion..., il devient nécessaire de créer une technique nouvelle » (90). « Tout notre droit contractuel, dit-il encore dans un autre ouvrage, est à refaire » (91). Et G. Ripert pensait surtout au problème de la révision du contrat par le juge, le problème le plus grave dans la théorie du contrat (92). La tâche, il faut le dire, n'est pas facile à accomplir, de sorte qu'on a pu constater l'impuissance « des spécialistes des contrats » (93). D'autres éminents maîtres n'ont pas hésité à confier cette tâche « aux juristes de l'avenir » (94). Quelle serait cette technique nouvelle ?

69. — *CRITIQUE DE LA THEORIE DE JOSSERAND DE « DIRIGISME CONTRACTUEL ».*

En cherchant la technique conceptuelle capable d'interpréter le problème de la révision du contrat par le juge, on ne s'arrêtera pas beaucoup à la théorie dite du « dirigisme contractuel ». Celle-ci a été très mal accueillie comme « un néologisme quelque peu bar-

---

(89) E. Durkheim, *De la division du travail social,* op. cit., p. 189.

(90) G. Ripert, *Les forces créatrices du droit,* op. cit., p. 361.

(91) G. Ripert, *Le régime démocratique,* op. cit., p. 255.

(92) G. Ripert, *La règle morale,* op. cit., pp. 130-131.

(93) M. Villey, *Essor et décadence du volontarisme juridique,* op. cit., p. 95.

(94) P. Esmein, *L'obligation et la responsabilité contractuelles,* in Etudes Ripert, T. 2, op. cit., p. 105.

DEUXIEME SECTION

LA NOTION DE JUGEMENT CONSTITUTIF D'OBLIGATION

68. — *A LA RECHERCHE D'UNE TECHNIQUE NOUVELLE.*

Bien que les juristes soient d'accord sur la relativité de la technique juridique et sa soumission à la loi de l'évolution, il ne manque pas d'auteurs, des plus avertis, ayant peur du subjectivisme, voire de la fantaisie des hommes, qui aient essayé de contrôler cette idée même de relativité. Ainsi, le conceptuel pourrait être aussi objectif que le réel. « Tant que l'idée, dit F. Gény, n'est employée que comme l'intermédiaire indispensable à la traduction du précepte, elle fait partie de la réalité juridique elle-même et il n'est pas à parler de pure construction de l'esprit. Celle-ci n'appâraît que si le concept se dégage du réel, s'il est traité pour lui-même, comme entité logique décidément isolée de la vie » ([86]). Et J. Dabin développe la pensée de F. Gény en consacrant au procédé objectif de la technique le nom de « concept » en l'opposant à « la pure construction de l'esprit ». « Tandis que, dit-il, les constructions ont un caractère artificiel, les concepts correspondent à des réalités objectives » ([87]). De même, G. Ripert parle de la « technique fondamentale » ([88]), sans laquelle le droit s'écroule tout entier.

En effet, il n'y a pas de technique fondamentale en soi. Aucun procédé technique n'a une valeur en soi. La technique tire sa valeur de sa conformité au réel. Et c'est ce qui est réel en droit pourrait contredire la science ou la morale. Que le droit progresse ou rétrograde, qu'il s'agisse d'évolution ou de déclin du droit, la technique doit servir seulement à la mise en œuvre des réalités juridiques, abstraction faite de tout jugement de valeur ou de science. Le conceptuel ne saurait corriger ou idéaliser le réel.

Mais il ne faut pas perdre de vue que la marche du conceptuel

---

(86) F. Gény, *Science et technique*, T. 3, p. 195.
(87) J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif*, op. cit., p. 205.
(88) G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 209.

Cependant, en tant que moyen technique, le contrat puise sa force juridique dans la loi, ou plus généralement dans le droit objectif. Il s'agit là d'une hiérarchie entre le droit et le contrat, d'une dépendance du contrat de droit. Et cette dépendance n'altère point la force créatrice du contrat, car l'idée de la hiérarchie fait partie du principe même de raison. D'autre part, la hiérarchie n'est concevable sans l'harmonie. Il est donc fondamental de souligner le non-conflit entre le droit et le contrat. Et c'est justement cette idée d'harmonie qui explique les règles concernant l'interprétation, le complément, la réduction, la qualification et la conversion du contrat. Chacune de ces opérations s'accomplit en recourant à une volonté, toujours dépendante du droit objectif. L'une de ces opérations (le complément) pourrait créer une obligation nouvelle, mais il s'agira toujours d'une obligation accessoire s'ajoutant à l'obligation contractuelle principale, sans se substituer à elle.

En revanche, la révision nécessaire et impérative ne saurait s'expliquer en fonction de la volonté des parties. Tout au contraire, il s'agit d'un démenti exprès de celle-là. Quand le contrat ne contient aucune clause permettant sa révision, quand la révision découle des règles impératives et non pas interprétatives du droit objectif, quand la révision est réglée nécessairement par les organes du droit objectif sans recours à la volonté des parties, quand l'approbation des contractants ne constitue pas une condition suspensive de la révision et quand la protestation de l'un d'entre eux ne forme pas non plus une condition résolutoire de celle-là, il deviendra clair que la révision se dirige directement contre la volonté et le contrat.

D'ailleurs, aucune idée contractuelle ne justifiera la révision du contrat, et spécialement la théorie de la cause exigera l'exécution complète du contrat et non pas sa modification. C'est donc, hors le contrat qu'il faut chercher la signification de la révision. C'est l'existence même du contrat qui est en cause. Etant contraire à la justice, l'équité, la raison ou quelque autre force créatrice du droit objectif, le contrat perd sa raison d'être. Et si la notion de non-conflit entre le droit et le contrat explique le maintien de celui-ci en harmonie avec celui-là, c'est cette notion même qui explique la suppression du contrat au moment même du conflit. Celui-ci n'est jamais concevable. En imposant la modification de l'obligation contractuelle, le droit objectif éteint celle-ci. C'est la conclusion de cette section.

*
**

« Cependant, lit-on encore dans le même mémoire, le droit romain admet que le preneur pourra obtenir une diminution du prix du bail... La justification de cette règle est la suivante. L'exécution de l'obligation, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le preneur d'une perte exorbitante. La justice et la bonne foi (Code 4, 65, 8 de 231 ; D. 19.2.13.7) exigent que celui-ci puisse obtenir une diminution ou une dispensation du prix du bail » (79). Il s'agit donc de la théorie de l'imprévision (80). En réalité, nous nous tenons, aujourd'hui encore, à la même interprétation. La théorie de l'imprévision date du droit romain à l'encontre de la notion répandue qui attribue sa création aux canonistes et glossateurs. De même, le droit romain n'était pas toujours dur et rigide ; il admettait parfois la révision du contrat injuste (81). Ainsi, la position d'un tel auteur qui voit en la révision des contrats un exemple remarquable de la technique nouvelle (82), et dénonce le droit romain comme un « droit mort » (83), paraît particulièrement critique.

En tout cas, la révision du contrat en droit romain était simplement interprétative (84), rattachable à la volonté tacite des parties (85), et il en va de même pour le droit français et le droit égyptien en la matière. C'est seulement la révision impérative qui fait naître une obligation nouvelle.

67. — *CONCLUSION : LA REVISION NECESSAIRE ET IMPERATIVE ETEINT L'OBLIGATION CONTRACTUELLE.*

Au long de cette section, nous avons mis l'accent sur certaines idées principales pour la compréhension du vrai sens de la révision du contrat.

Tout d'abord, le contrat, c'est un accord des volontés. Le contrat, c'est la volonté.

---

(79) *Ibid.*, p. 121.

(80) Il va sans dire que la distinction entre la théorie de l'imprévision et celle des cas fortuits ne dépend pas de la nature de l'événement, mais de son influence sur l'obligation du débiteur.

(81) Comp. G. Ripert, *La règle morale*, op. cit., p. 33 ; Lartigolle, *Justice commutative et droit positif*, op. cit., p. 30 ; A. de Tarde, *L'idée du juste prix*, Thèse, Paris, 1906, p. 24 ; E. de Gaudin de Lagrange, *L'intervention du juge dans les contrats*, op. cit., p. 9.

(82) G. Morin, *La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté*, op. cit., p. 111 et s.

(83) G. Morin, *Vers la révision de la technique juridique*, in Arch. de phil. du dr. et de soc. jur., 1931, p. 75.

(84) D. 19.2.9.2.

(85) J. Maury, *De la notion de l'équivalence*, Thèse, op. cit., p. 179.

D'ailleurs, quand la règle interprétative est trop importante pour être ignorée des contractants, comme celle organisant la révision de leur contrat, il ne sera plus question d'une abdication devant la loi. Le silence des parties en sera une acceptation tacite ([74]). Dans un tel cas, le recours à l'idée de la volonté tacite nous paraît fort justifié.

Ainsi, la révision interprétative sera une application et non pas une transformation du contrat.

Au point de vue historique, la révision interprétative est apparue la première. Le droit romain en donne un exemple remarquable dans les baux à ferme ([75]). De même, la solution romaine a été consacrée par les articles 1769, 1770 C.C. Fr., et 616 C.C. Eg. Les textes romains et modernes permettent, en cas de perte considérable ([76]) de la récolte, la remise d'une partie proportionnelle du prix de la location. Selon les termees de ces textes, la perte doit résulter de cas fortuits ou d'une force majeure. En effet, ces termes sont trompeurs, et les interprétations données à ces textes en sont la preuve. On a cru, toujours, qu'il s'agissait d'une exonération revenant à l'extinction totale ou partielle de l'obligation du débiteur devenue impossible à cause des cas fortuits. La vérité en est autrement. L'obligation en question, c'est l'obligation du fermier de payer le loyer. Or, l'objet de cette obligation est des choses de genre et très spécialement une somme d'argent. Le cas fortuit n'est pas conçu en ce qui concerne une telle obligation, car « Genera non pereunt », les choses de genre ne périssent pas. Et l'exécution de l'obligation du fermier reste toujours possible. En effet, nous avons eu l'occasion dans une autre recherche de démontrer que ces textes relèvent de la théorie de l'imprévision et non pas de la théorie des cas fortuits ([77]). « Quand, par suite d'un orage, lit-on dans ce mémoire, d'une tempête ou d'une inondation, la récolte a été totalement ou partiellement détruite, le preneur pourra payer le loyer de ses propres biens, ou faire un emprunt. Les règles générales exigent que le preneur reste dans un tel cas responsable de payer le loyer » ([78]).

---

(74) L'idée d'une abdication devant la loi s'explique seulement par l'ignorance des contractants des règles interprétatives (GOUNOT, idem, p. 181).

(75) D. 19, 2, 13, 7 ; D. 19, 2, 15, 2 ; D. 19, 2, 15, 3 ; D. 19, 2, 27 PR ; D. 19, 2, 25, 6 ; D. 19, 2, 15, 5 ; D. 19, 2, 15, 7 ; D. 19, 2, 15, 4 ; D. 19, 2, 9, 2 ; Code 4, 65, 8.

(76) Le Code Napoléon exige que la perte soit au moins de la moitié de la récolte, tandis que le droit romain (D. 19, 2, 27, PR) et le Code égyptien exigent seulement que la perte soit énorme.

(77) TANAGHO, *La nature juridique du droit du preneur à bail en droit romain.* Rennes, 1961, p. 107-139.

(78) *Ibid.*, pp. 119-120.

cution, quel que soit l'objet de l'obligation non exécutée, qu'il soit licite ou illicite, du moment que l'inexécution porte sur l'obligation principale faisant l'objet du conntrat » [70]. Ainsi, la réduction du contrat autorise la demande de sa résolution, et il faut admettre cette opinion si l'on veut vraiment attacher la technique de la nullité partielle du contrat à la volonté des parties [71].

Au contraire, la révision judiciaire du contrat ne saurait justifier sa résolution. Le créancier, qui voit son droit réduit et diminué, ne pourra cependant demander la résolution du contrat. La raison en est simple. En révisant le contrat, le juge substitue sa volonté à celle des parties. Le rôle de ceux-ci est terminé. La révision met fin à la vie du contrat. Elle est une cause d'extinction et non pas de résolution du contrat. Il ne sera pas question de demander la résolution d'un contrat déjà éteint. Un nouveau rapport va lier les deux anciens contractants sans rien à voir avec leur volonté. Le nouveau rapport ne sera ni suspendu à l'approbation des contractants, ni résolu par la contestation de l'un d'entre eux.

66. — *REVISION IMPERATIVE ET REVISION INTERPRETATIVE.*

A l'exemple de la distinction entre la révision nécessaire et la révision volontaire, on distingue encore entre la révision impérative et la révision interprétative. Le critère de cette distinction est tiré de la nature de la règle objective consacrant le droit à la révision. Et, pour que la révision soit créatrice d'une obligation nouvelle, il faut qu'elle soit impérative, c'est-à-dire imposée par une règle impérative à laquelle les parties ne peuvent pas se soustraire. Au contraire, si les contractants peuvent s'écarter de la règle consacrant la révision, celle-ci ne sera pas sans rapport avec leur vouloir. Et même si l'idée d'une volonté présumée ou tacite est discutée, il ne sera pas possible, dans aucun cas, de considérer la règle interprétative comme absolument étrangère à la volonté des parties. Même les extrémistes n'ont jamais réussi à établir une telle séparation. Dire, avec Gounot, qu'il s'agit d'une « abdication devant la loi » [72], c'est encore attacher la solution à la volonté des contractants. L'abdication n'est-elle pas un acte de volonté ? Surtout quand elle se fonde sur la « confiance dans le droit », comme le dit le même auteur [73].

---

(70) H. CAPITANT, *Du sort du contrat contenant une clause annulée,* D.H., 1927, p. 4.

(71) Voir supra, N° 61.

(72) E. GOUNOT, *Thèse précitée,* pp. 181-182.

(73) Idem, p. 182.

préconiser une révision du contenu contractuel par les parties intéressées, faute de laquelle le juge ordonnerait la résolution du contrat. Ainsi, la volonté du juge ne se substituerait-elle à aucun moment à celle des parties. *Mais c'est là une question de détail qui ne saurait rien changer au problème essentiel de l'évolution* » (67). En réalité, c'est là toute la question. Et l'étonnement vient surtout de ce que l'auteur reconnaît que la révision par le juge signifie la substitution de sa volonté à celle des parties.

La révision volontaire aboutirait à une transaction. Comme toute convention, celle-ci repose sur le consentement réciproque des parties (68). La révision volontaire pourrait aboutir à une novation des droits des parties. Tout dépendra de leur intention. La novation sera une novation contractuelle dépendante de l'animus novandi (69). Mais, sans ou avec la novation, les obligations des parties ne changeront jamais leur nature contractuelle. Sans ou avec la novation, le jugement consacrant l'accord des parties sera déclaratif et non pas constitutif, car la novation s'opère toujours avant l'intervention du juge. Que l'obligation constatée par le jugement soit l'ancienne obligation née du contrat, ot qu'elle soit la nouvelle obligation née de la transaction, il s'agira toujours d'une constatation et non pas d'une création.

En résumé, c'est seulement la révision nécessaire et judiciaire qui constitue une obligation judiciaire.

65. — *PAS DE RESOLUTION POUR REVISION.*

Bien qu'elles soient distinctes l'une de l'autre, la résolution et la révision du contrat pourraient s'entremêler très profondément. La question envisagée est la suivante : la révision judiciaire du contrat constitue-t-elle une cause de résolution ? La même question se pose aussi, à propos de la réduction du contrat en cas de nullité partielle. La réduction du contrat autorise-t-elle la demande de résolution ?

A en croire H. Capitant, il n'est pas nécessaire que l'inexécution justifiant la demande de résolution soit fautive. Ainsi, si l'inexécution revient à la nullité même de l'obligation, le créancier pourra demander la résolution du contrat entier, même s'il contient d'autres obligations valables et exécutées. « Or, dit Capitant, cet article (l'article 1184 C.C. Fr.) s'applique quelle que soit la cause de l'inexé-

(67) ZAKSAS, *Thèse précitée*, p. 380.

(68) Cl. GIVERDON, *Contrat judiciaire*, Ency. Dal. N° 5.

(69) L. BOYER, *La notion de transaction*, Thèse précitée, pp. 340 et s.

la matière est la suivante : la jurisprudence en tant que source du droit objectif donne aux tribunaux le pouvoir de refaire le contrat du mandat, de gestion d'affaires, etc..., et de substituer à l'obligation contractée jugée injuste, une nouvelle obligation plus conforme à la justice commutative. Et « si, pour fonder leurs droits de réduire certains engagements excessifs, dit J. Perrin, quelques arrêts ont fait appel à cette théorie de la cause, ils ont été bien mal inspirés » (63). Les tribunaux puisent leur pouvoir dans le droit objectif et non pas dans les éléments du contrat.

Enfin, on remarque que le problème de l'erreur sur la valeur nous ramène au problème général de la lésion (64). En règle, le contrat lésionnaire étant valable, l'erreur sur la valeur ne sera pas prise en considération. Il ne s'agit pas d'une erreur substantielle (65). Tant pis pour le contractant trompé, « c'est le risque de l'autonomie, dit le doyen Maury » (66).

En résumé, la cause dans les contrats à titre onéreux, c'est l'équivalent voulu et non pas l'équivalent objectif. Si l'on s'écarte donc de l'égalité subjective pour établir l'égalité objective, on s'écartera en même temps et pour la même raison et de la cause, et du contrat. Techniquement parlant, la cause exigera le maintien du contrat lésionnaire et non pas sa révision.

64. — *REVISION NECESSAIRE ET REVISION VOLONTAIRE.*

La révision constitutive de l'obligation judiciaire, c'est la révision nécessaire imposée par le juge aux parties selon la délégation de droit objectif. Si le droit se borne à inviter les intéressés à opérer une révision volontaire, comme le fait l'article 1467 du C.C. italien, consacrant la théorie de l'imprévision, il ne sera plus question d'obligation judiciaire. La distinction entre la révision nécessaire et la révision volontaire est d'une importance capitale au point de vue du principe de raison. On s'étonnera donc de lire chez M. Zaksas que « peut-être au lieu d'une révision par le juge vaudrait-il mieux

Observations sur la théorie de la lésion dans les contrats, in Etudes Capitant, p. 175, note 1 ; J. Maury, *Thèse précitée*, spécialement pp. 166-167 ; *Cause*, Ency. Dalloz, N° 32 et s.

(63) J. Perrin, *Essai sur la réductibilité des obligations excessives*, Thèse, Paris, 1905, p. 306. Mais comme le remarque H. Capitant, la majorité des arrêts ne se réfèrent pas explicitement à la théorie de la cause. (H. Capitant, *De la cause des obligations*, op. cit., p. 211). Il sera donc gratuit d'attribuer à la jurisprudence une telle inspiration.

(64) G. Ripert, *La règle morale*, op. cit., p. 81.

(65) H. Mazeaud, *La lésion dans les contrats*, op. cit., p. 189.

(66) J. Maury, *Thèse précitée*, p. 180.

La notion de l'égalité est une notion fondamentale qui sert de base au droit tout entier. Et, pour la réaliser, il faut recourir aux moyens techniques parmi lesquels figure le contrat. La technique contractuelle repose sur la volonté. « Ce qui dit contrat, dit accord de volonté » (55). On « suppose la volonté apte à déterminer l'équivalent de l'obligation consentie « (56). Le recours au contrat est déterminé par cette présomption. Si le contrat se montre incapable de réaliser l'égalité, on pourrait le remplacer par un autre moyen technique. Le contrat s'écroulera tout entier, et il n'aura plus lieu de parler de la cause, car la cause n'a pas d'existence en dehors de la volonté, et surtout elle ne peut pas se diriger contre elle.

Ainsi, la théorie dite de l'absence partielle de la cause, énoncée par Charmont (57) à l'instar de Larombière, ne peut être conçue sans recours à la volonté des parties. Selon J. de la Morandière, il y aura absence partielle de la cause seulement en cas « de manque d'éléments objectifs prévus au contrat pour l'une ou l'autre des prestations » (58). L'hypothèse envisagée par les articles 1617 et s. C.C. Fr. de la vente d'un immeuble avec indication de la contenance pourrait en être un exemple. Il s'agit toujours d'une recherche de l'équivalent voulu.

Il est clair que la cause ne souffrira pas du déséquilibre dans les prestations des contractants (59). Or, comme le disent les Anglais, « un grain de poivre est une considération (cause) suffisante pour une obligation de cent livres » (60).

Il sera donc faux d'invoquer la cause afin de modifier le contrat lésionnaire dans le sens de l'égalité objective. Ainsi, la cause ne saurait justifier la réduction des honoraires des mandataires, gérants d'affaires, avocats, etc. (61). C'est abuser de la théorie de la cause que de l'user contre le contrat (62). La seule explication valable en

---

(55) El Wakil, *La technique de l'obligation volontaire*, thèse précitée, p. 68.

(56) J. Maury, *De la notion de l'équivalence*, op. cit., p. 161.

(57) J. Charmont, Commentaire sur Cass. req. du 17 juillet 1906, in Rev. crit. de lég. et de jur., 1911, pp. 337 et s. ; Adde, De Gaudin de Lagrange, *L'intervention du juge dans le contrat*, Thèse Montpellier, 1935, p. 53. L'arrêt commenté prononce la validité d'une reconnaissance de dette, mais seulement à concurrence d'un certain chiffre. Il s'agit d'une question de preuve et par conséquent de volonté.

(58) J. de la Morandière, Cours précité, pp. 282 et s.

(59) G. Morin, *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*. Paris, 1927, p. 66.

(60) Cité par M. De Page, *Discussion sur la lésion*, in Travaux Capitant, 1945, p. 211.

(61) Voir en la matière H. Capitant, *De la cause des obligations*, 3e éd, Paris, 1927, p. 209 et s.

(62) G. Morin, *La loi et le contrat*, op. cit., p. 66 ; Adde, H. Mazeaud, *La lésion dans les contrats*, in Travaux Capitant, 1945, 190-191 E. Demontès,

ainsi dire, au minimum, les parties ont voulu faire quelque chose, donc passer un acte juridiquement valable. De sorte que le moindre souci de leur volonté doit conduire à écarter la qualification juridique qui la stérilise pour chercher à lui en substituer une autre, générale ou particulière, peu importe, qui permette de sanctionner le contenu de la convention » (47). En opérant la conversion du contrat, le juge doit chercher à satisfaire la volonté téléologique des contractants (48), selon la « cause catégorique » (49) du contrat.

Au total, la qualification relève du rapport normal et hiérarchique entre le contrat et la loi, tandis que la révision méconnaît expressément la volonté des contractants et met fin à la vie du contrat.

63. — *LA REVISION DU CONTRAT ET LA THEORIE DE LA CAUSE.*

Nous voulons protester ici contre certaines mystifications de la théorie de la cause. « La cause, dit M. Zaksas, sera l'agent des transformations du contrat « (50). En effet, nous saisissons mal le sens exact d'une telle affirmation. Mais, a priori, la cause ne jouera jamais un rôle contre le contrat, c'est-à-dire contre la volonté. La cause ne transformera jamais le contrat jusqu'à ce qu'il cesse de devenir un contrat, autrement la cause ne sera plus la cause. Spécialement, la cause ne justifiera point une révision du contrat à l'encontre de l'accord des parties. Dans les contrats à titre onéreux, la cause c'est l'équivalent voulu, selon la thèse du doyen Maury (51), aujourd'hui en honneur, en la doctrine (52). En effet, l'équivalent dans le contrat ne peut être que volontaire. Les partisans de l'équivalent objectif (53) sont plus royalistes que le roi, ou pour dire mieux, plus aristotéliciens qu'Aristote. La pensée du Philosophe est claire et décisive. L'égalité dans le contrat, c'est l'égalité voulue (54).

---

(47) F. Gény, *Pandectes françaises*, 1903, 1, 148.

(48) R. Saleilles, idem, p. 317.

(49) G. Marty et R. Raynaud, *Droit civil*, T. 2, op. cit., pp. 167, 179.

(50) Joseph Zaksas, *Les transformations du contrat et leur loi*, Thèse, Toulouse, 1939, p. 419.

(51) J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse précitée, spécialement pp. 33, 157, 161, 179, 180 ; *Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives*, in Etudes Lambert, p. 429 ; Cause, Encyclopédie Dalloz, 1951, N° 13 et s.

(52) La thèse du doyen Maury vient de recevoir une nouvelle confirmation de MM. Marty et Raynaud (*Droit civil*, T. 2, op. cit., pp. 164 et s.).

(53) Gounot, *thèse précitée*, pp. 363-364 ; Adde, la bibliographie citée par MM. Marty et Raynaud, *Droit civil*, T. 2, op. cit., p. 160, note 2.

(54) Voir supra, N° 19.

En résumé, la distinction, du moins théorique, entre la réduction et la révision du contrat repose sur le rôle assigné à la volonté des contractants dans l'opération.

62. — *REVISION : QUALIFICATION ET CONVERSION DU CONTRAT.*

Le problème de la qualification se présente dans la solution de toutes les questions juridiques, contractuelles et extra-contractuelles [41]. De même, il se présente dans la solution de toutes les question scientifiques soumises aux principes de la connaissance. Ainsi, il nous semble que le pouvoir du juge de donner au contrat sa qualification exacte, même contre les expressions des contractants et la soumission de ce pouvoir au contrôle de la Cour de Cassation, découle d'un principe plus général qui peut se formuler ainsi : quiconque émane un fait, un acte ou une idée, ne monopolisera pas le droit de les qualifier, car la qualification est une œuvre de science indépendante de toute volonté. Ainsi, selon ce principe, Duguit a pu dire que Hauriou « est objectiviste *malgré lui* » [42], et que « la doctrine de Gény est purement objectiviste » [43].

De même, Gény a pu considérer Duguit comme jusnaturaliste [44]. Et on peut multiplier les exemples sans cesse. Mais si la qualification est une œuvre de science, il faut recourir à un organe compétent pour l'accomplir, et c'est au juge que le droit assigne la tâche de qualifier les contrats. Le juge donnera à la volonté des parties sa juste qualification selon les règles du droit positif. Ainsi, la qualification est une question de droit soumise au contrôle de la Cour suprême [45].

Parfois, la qualification porte un nom spécial, celui de la conversion du contrat, consacrée par les articles 140 du Code allemand, et 144 du Code égyptien. En effet, un texte spécial en la matière est « parfaitement inutile », comme le remarque Saleilles [46]. Ainsi, F. Gény admet la conversion du contrat comme une sorte de qualification de celui-ci. « Car, dit-il, il est trop clair qu'avant tout et pour

---

(41) G. Marty, *Rôle du juge dans l'interprétation des contrats,* op. cit., p 88.

(42) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel,* op. cit., T. 1, p. 27.

(43) *Ibid.*, p. 37.

(44) F. Gény, *Science et technique,* op. cit., T. 2, p. 252.

(45) G. Marty, *La distinction du fait et du droit,* Thèse, Toulouse, 1929, p. 213 ; L. Josserand, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats,* in Rev. trim. de dr. civ., 1937, p. 25.

(46) Saleilles, *De la déclaration de la volonté,* op. cit., p. 314.

c'est la volonté interne qu'il faut considérer ici. Ainsi, si la clause nulle ou annulable constitue un élément essentiel dans le contrat, la nullité de celui-là entraînera la nullité de celui-ci. Mais jamais, « l'économie intrinsèque du contrat ne peut être modifiée par le juge » (33). La possibilité d'une réduction partielle du contrat découle normalement de la dépendance du contrat du droit objectif. Il n'est pas vrai, comme le dit F. Gény, que cela « aboutit à ébranler jusqu'à ses bases le principe essentiel de la force obligatoire des contrats librement consentis » (34). Car le contrat puise cette force dans le droit objectif, et il ne saurait déroger aux lois impératives, à l'ordre public, ou aux bonnes mœurs. Ainsi, si le juge (35) estime que la suppression de la partie nulle du contrat laissera le reste de celui-ci en conformité avec le droit, il doit chercher après si la volonté des parties permettait cette opération ou non. Le sort du contrat dépendra et du droit et de la volonté des parties. Il n'est pas vrai, donc, que la divisibilité du contrat dépend uniquement des contractants (36). Car, il se peut que la seule élimination de la partie nulle ne satisfera pas au droit objectif (37). En ce cas, le contrat sera nul tout entier. De même, le droit n'imposera pas une réduction contraire à la volonté réelle des contractants (38). Cependant, il ne faut pas se faire beaucoup d'illusions. Car, d'une part, la recherche d'une volonté interne en dehors de la volonté déclarée des parties n'est pas toujours une chose facile à faire. D'autre part, il se peut que les juges s'occupent peu d'une pareille recherche. Dans ces cas-là, la réduction s'acheminerait vers la révision, et la protestation de F. Gény et les autres juristes deviendrait justifiable (39).

D'ailleurs, si la réduction est imposée par une loi nouvelle aux contrats en cours, il ne sera plus question d'une recherche de la volonté réelle des contractants (40).

---

(33) Philippe MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Paris, Thèse, 1951, p. 251.

(34) F. GÉNY, *La validité juridique de la clause « payable en or » dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé*, in Rev. trim. de dr. civ., 1926, p. 630 ; Adde, P. ESMEIN, *Discussion du problème de l'intervention de l'Etat dans les contrats*, op. cit., p. 127.

(35) Le juge joue en effet un rôle important dans la détermination des cas où l'ordre public serait intéressé. (J. DE LA MORANDIÈRE, *L'évolution moderne du droit des obligations*, Cours, op. cit., pp. 291, 326).

(36) Comp. P.-H. MALAURIE, *Thèse précitée*, p. 251.

(37) R. SALEILLES, idem, p. 313.

(38) Comp. R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2e éd., 1952, p. 69 ; G. RIPERT, *Le régime démocratique*, op. cit., p. 265.

(39) En effet, la majorité de la doctrine française « se montre favorable à la thèse qui lie le sort du contrat à celui de la clause ». (H. CAPITANT, *Du sort du contrat contenant une clause annulée comme contraire aux lois sur le cours légal et le cours forcé du billet de banque*, D.H. 1927, 2, et la bibliographie).

(40) Il y aura lieu plus loin d'étudier le rapport entre la révision du contrat et la rétroactivité des lois.

inventée pour la première fois par Josserand [28] et depuis lors elle a fait fortune. Tout le monde est d'accord sur le caractère jurisprudentiel de l'obligation de sécurité [29]. Ainsi s'éclaire la distinction entre l'obligation judiciaire et l'obligation jurisprudentielle. Tandis que la première naît d'un jugement, la deuxième puise sa source dans la jurisprudence, et par conséquent dans le droit objectif. En effet, l'obligation jurisprudentielle est une obligation légale comparable aux obligations nées directement de la loi [30].

En résumé, le complément du contrat pourrait créer une obligation nouvelle qui serait judiciaire ou jurisprudentielle selon les circonstances, mais cette obligation ne se substituera pas aux obligations contractuelles ; au contraire, elle s'ajoutera à elles accessoirement.

61. — *REVISION ET REDUCTION DU CONTRAT.*

En général, la réduction porte sur un contrat partiellement nul. Il s'agit d'un acte complexe [31], contenant une clause nulle ou annulable. En revanche, la révision porte sur un contrat valable mais injuste. Tandis que la réduction est une exception an principe de l'indivisibilité du contrat, la révision est une exception au principe de l'inviolabilité de celui-ci. Le plus important encore, c'est que la réduction repose sur l'intention réelle des parties, tandis que la révision est adressée explicitement contre leur volonté. Le juge ne saurait prononcer la nullité partielle du contrat sans tenir compte du vouloir des contractants. « Il s'agit, dit Saleilles, de donner satisfaction, de la façon la plus exacte, à l'intention des parties » [32]. Et

(28) L. JOSSERAND, *Le contrat dirigé,* D.H., 1933, 90 ; *L'essor moderne de concept contractuel,* Recueil d'études en l'honneur de F. Gény, T. 2, 1935, p. 339-340.

(29) G. MORIN, *Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts,* Rev. trim. de dr. civ., 1937, p. 558-559 ; *La désagrégation de la théorie contractuelle du Code,* in Arch. de phil. du dr. et de Soc. jur., 1940, p. 13 ; J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif,* op. cit., p. 336 ; G. RIPERT, *Le régime démocratique,* op. cit., pp. 285, 312 ; *Les forces créatrices du droit,* op. cit., p. 182, 392 ; P. ESMEIN, *Discussion du problème de l'intervention de l'Etat dans les contrats,* in Travaux Capitant, 1945, p. 126-127 ; WALINE, *L'individualisme et le droit,* op. cit., p. 199 ; J. LARTIGOLE, *Justice commutative et droit positif,* Thèse, op. cit., p. 188 ; P. ROUBIER, *Droit subjectif et situations juridiques,* op. cit., pp. 87, 304 ; P. HÉBRAUD, *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques,* op. cit., p. 462.

(30) En effet, le pont n'est pas rompu entre le droit subjectif et le droit objectif, ni entre le jugement et la jurisprudence.

(31) R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté,* op. cit., p. 303.

(32) *Ibid.,* p. 305. Voir les art. 143 C.C.E. ; 139 B.G.B.

complir, celle du complément du contrat. Ici, le juge applique les lois supplétives, les usages, et s'inspire de l'équité et de la bonne foi (art. 1134, 1135, c.c. FR ; art. 148, c.c. EG.). Mais il faut remarquer tout d'abord que le complément, comme le révèle son nom, concerne les suites et non pas l'objet principal du contrat. Car le contrat ne se conclut pas avant la détermination de l'objet des obligations principales des contractants (art. 1129, c.c. FR.; 133, c.c. EG.).

Mais si le complément ne repose pas sur la volonté commune des parties, étant donné l'absence de cette volonté et si l'hypothèse d'une volonté présumée est éliminée, étant donné la contradiction des intérêts de ceux-là [24]. Il n'en est pas moins vrai que le complément ne saurait s'adresser contre le contrat, et en cela réside la différence entre complément et révision. Cette différence a été bien mise en évidence par la Cour suprême française. « Si, aux termes de l'article 1135, dit-elle, l'équité ou l'usage doivent être pris en considération dans l'interprétation des contrats et des suites qu'ils comportent, le juge ne saurait en faire état pour soustraire l'un des contractants à l'accomplissement des engagements clairs et précis qu'il a librement assumés » [25]. De même, M. Capitant affirme que la bonne foi consiste à exécuter le contrat et non pas à s'en soustraire [26]. Par conséquent, déclare M. Marty, « il n'y a pas d'espoir pour que, sous prétexte d'équité ou de bonne foi, on puisse réviser le contrat ou le modifier » [27]. D'autre part, le complément doit se faire selon la nature du contrat (art. 1135, c.c. F. ; 148, c.c. E.), et cette exigence découle normalement du rapport hiérarchique entre le contrat et la loi et exprime bien l'harmonie entre les deux. Le droit objectif manifeste son autorité à l'égard du contrat ; cependant, il ne s'oppose pas à lui, et n'altère point son caractère constitutif d'obligation. Tout au contraire, il l'aide et le soutient.

Quant au rôle personnel du juge dans le complément du contrat, il commence seulement quand celui-là s'inspire de l'équité et de la bonne foi. Ici, le juge pourrait créer une nouvelle obligation. Mais puisque le juge considère dans son œuvre la nature du contrat, l'obligation judiciaire ainsi créée ne cesserait pas de se répéter dans d'autres jugements et se transformerait souvent en une obligation jurisprudentielle. L'obligation de sécurité dans le contrat du transport en est l'exemple. L'expression de l'obligation jurisprudentielle a été

(24) E. Gounot, *Thèse précitée*, p. 208-209 ; H. Capitant, note, Paris, 21 déc. 1916, D.P. 1917, 2, 34-35 ; G. Marty, *Rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, op. cit., p. 90 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, T. 2, N° 218, p. 199.

(25) Cass. civ. du 2 déc. 1947, Gaz. Pal., 1948, 1, 36.

(26) H. Capitant, note, Paris, 21 déc. 1916, D.P. 1917, 2, 34.

(27) G. Marty, *Rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, op. cit., p. 91.

59. — *REVISION ET INTERPRETATION DU CONTRAT.*

L'interprétation du contrat consiste à chercher l'intention commune des parties, « c'est la règle des règles », dit Demolombe [16], « c'est la règle traditionnelle, incontestable en la matière », remarque M. Marty [17].

Cependant, cette règle ne manque pas d'adversaires tels que Saleilles qui parle du pouvoir « régulateur » du juge sous nom d'interprétation [18]. En effet, le pouvoir dont parle Saleilles existe sans aucun doute, mais le mot interprétation n'a rien à voir avec ce pouvoir. Ainsi, Demogue croit que le juge, en dépassant la recherche de la volonté des parties, fait de « l'adaptation » et non pas de l'interprétation du contrat [19]. En interprétant un contrat, les magistrats, dit M. El Wakil, ne doivent pas substituer « à la volonté saine des parties une autre volonté qui serait la leur » [20]. C'est là la différence entre l'interprétation et la révision du contrat. « L'interprétation est un hommage rendu à l'autonomie de la volonté, tandis que la révision paraît lui donner un démenti » [21]. En révisant un contrat, le juge substitue sa volonté à celle des parties. Dans aucun cas, on ne saurait admettre la révision, « sous couvert d'interprétation » [22]. Que les juges agissent parfois de la sorte, leur jugement mérite la censure de la Cour de Cassation. En effet, quand on s'écarte de la volonté des contractants, il sera impossible d'attribuer la nouvelle réglementation à cette volonté même. Un acte contre la volonté ne saurait être attribué à la même volonté [23].

Ceci dit, on remarque que, entre l'hommage à la volonté (interprétation) et son démenti (révision), le juge se livre à d'autres opérations intermédiaires distinctes des deux précédentes.

60. — *REVISION ET COMPLEMENT DU CONTRAT.*

En cas d'absence d'une volonté certaine des contractants, il n'y aura plus lieu d'interprétation. Une nouvelle opération pourrait s'ac-

(16) Cité par Gounot, thèse précitée, p. 172.

(17) G. Marty, *Rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, in Travaux Capitant, 1949, p. 89.

(18) R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, 1901, p. 213-214.

(19) R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 298.

(20) Chams El Wakil, *Essai sur la technique de l'obligation volontaire en droit civil égyptien*, Thèse, Paris, 1952.

(21) J. Carbonnier *Droit civil*, T. 2, N° 149, p. 492.

(22) G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, T. 2, p. 201.

(23) H. Capitant, note, Paris, 21 déc. 1916, D.P. 1917, 2, 35.

dépendante d'une autre cause qui lui est supérieure. Il s'agit toujours d'une hiérarchie des sources. Ainsi, si le contrat est la source directe de l'obligation contractuelle, la loi en est la source lointaine. Dans une société politique, le contrat puise sa force juridique dans la loi, ou dans le droit objectif en général. Mais la dépendance du contrat, ainsi comprise, n'affecte point son caractère constitutif d'obligation, car l'idée de hiérarchie est inhérente au principe même de raison.

Par là, nous écartons tous les autres points de vue concernant le rapport du contrat et de la loi.

Tout d'abord, nous n'admettons pas l'opinion de certains auteurs classiques selon laquelle les obligations contractuelles « existent indépendamment de la loi qui n'intervient, après leur naissance, que comme un fidéjusseur tout puissant pour en garantir l'exécution » (10).

Nous n'admettons pas non plus l'opinion contraire qui ne voit qu'une seule source de l'obligation contractuelle, c'est la loi. Le contrat ne serait qu'un fait matériel, un acte-condition (11), ou un acte-instrument (12). D'ailleurs, le rapport entre la loi et le contrat n'est pas un rapport de collaboration (13). Celle-ci exprime mieux une égalité qu'une hiérarchie.

D'autre part, l'idée de hiérarchie, que nous entendons ici, se sépare de l'idée kelsenienne de la hiérarchie des normes, en ce que la conclusion du contrat ne représente pas une « fonction législative » (14), et que l'obligation contractuelle ne fait pas partie d'un ordre juridique unique. Nous avons déjà opté pour le dualisme du droit objectif et du droit subjectif, et contre la théorie moniste de Kelsen (15).

Enfin, qui dit hiérarchie dit harmonie et non pas conflit. En effet, le conflit est inconcevable entre la loi et le contrat. L'existence du contrat présuppose sa conformité à la loi. Et c'est cette idée de non-conflit qui explique comment l'interprétation, le complément, la qualification, la conversion et la réduction du contrat n'altèrent point son existence, et expliquent en même temps comment la révision du contrat met fin à sa vie.

---

(10) Toullier, cité par Julliot de la Morandière, *L'évolution moderne du droit des obligations*, op. cit., p. 128.

(11) Comp. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., T. 1, pp. 251, 253, 339, 348. Il est à remarquer que selon Duguit l'acte-subjectif est en même temps un acte-condition dans le sens large du mot.

(12) Comp. E. Gounot, Thèse précitée, p. 450.

(13) Comp. P. Louis-Lucas, *L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé*, in Etudes Capitant, 1939, p. 489.

(14) H. Kelsen, *La théorie juridique de la convention*, op. cit., spécialement p. 75.

(15) Voir supra, N° 4.

Mais, par définition, si la présomption exprime la vérité en général, elle la contredit dans des cas exceptionnels et il faut faire abstraction de ces cas, à moins qu'on renonce à une généralisation, pourtant nécessaire pour l'élaboration technique du droit. Dans ces cas exceptionnels, la présomption « incline vers la fiction » (7).

En effet, chaque présomption implique la possibilité d'une fiction. Celle-ci est la rançon de la généralisation et on ne peut pas l'attaquer sans détruire la règle elle-même. Cependant, il faut faire, croyons-nous, une distinction entre une fiction reconnaissable et une fiction non-reconnaissable. Dans ce dernier cas, il sera impossible de savoir quand la vérité fait défaut. Au contraire, dans le premier cas, il sera facile de constater l'absence de celle-là. Il est facile par exemple de conclure en cas de lésion énorme résultant des circonstances spéciales (exploitation..., imprévision..., etc.) que le contrat contredit la justice. Une fois saisie, la fiction peut être attaquée, sans détruire la règle, que dans les limites du cas envisagé. C'est le manque d'une pareille distinction qui a coûté à Gounod l'imprécision de certaines de ses conclusions qu'il avoue très modestement (8).

En résumé, le contrat repose sur une présomption de justice impliquant toujours la possiblité d'une fiction. Si celle-ci devient caractérisée et reconnaissable, on peut l'attaquer en détruisant le concept du contrat, seulement dans les limites du cas envisagé. Ainsi, l'intervention dans le contrat serait une réaction contre une fiction de justice. La présomption de justice justifie le principe du contrat, et la découverte de la fiction permet sa destruction dans des cas exceptionnels. Mais dans aucun cas, et surtout dans le cas qui concerne notre recherche, celui de la révision du contrat par le juge, l'intervention ne saurait être considérée comme l'une des manifestations normales du rapport entre la loi et le contrat. De quel rapport s'agit-il ?

58. — *LA LOI ET LE CONTRAT : LEUR HIERARCHIE.*

Nous envisagerons ici le rapport entre la loi et le contrat, sous l'angle du principe de raison (9). Selon celui-ci, chaque cause est

(7) J. DABIN, Idem, p. 274.

(8) F. GOUNOT, *Thèse précitée*, p. 452. Toute la thèse de Gounot repose sur l'idée « qu'en matière de contrat, il n'y a qu'un seul principe absolu : c'est la justice ». (Idem, p. 387). Mais tantôt il tire de ce principe ses conclusions logiques en admettant au juge de soumettre le contrat au principe de la justice commutative (Idem, p. 210-211), et tantôt il lui refuse ce pouvoir (Idem, p. 380-381).

(9) Voir supra, N° 1.

PREMIERE SECTION

LA REVISION CREATRICE DE L'OBLIGATION JUDICIAIRE

57. — *LE CONTRAT : PRESOMPTION-CONCEPT.*

Selon la conclusion du premier chapitre, tout ce qui est contractuel est artificiel ; le contrat relève de la technique juridique ; il est une simple présomption de justice. Qu'est-ce que cela veut dire ?

Au point de vue de la technique juridique, la présomption joue un rôle conceptuel en dehors de son rôle probatoire. F. Gény et J. Dabin ont bien mis en relief la distinction entre les deux rôles. Le premier distingue entre la présomption au sens large et la présomption au sens strict (1). Le deuxième distingue — dans une langue plus précise — entre la présomption-preuve et la présomption-concept (2). Celle-ci est à la base d'un grand nombre de règles juridiques parmi lesquelles figure la règle du contrat. La présomption de justice constitue les motifs de cette règle (3). Il est plausible que nul ne subisse l'injustice volontairement ; que l'individu soit le mieux placé pour arranger ses intérêts selon la justice et la raison. Il est présumé donc que le contrat exprime la justice. Qui dit contrat dit justice. D'où la règle que le contrat fait la loi des contractants. Le concept du contrat repose donc sur une certaine présomption. Il s'agit ici d'une présomption-concept. Et c'est dans ce sens qu'il faut comprendre les affirmations de certains auteurs tels que MM. Gounot (4), Maury (5) et Waline (6), entre autres.

---

(1) F. Gény, *Science et technique*, op. cit., T. 3, p. 264 et s., et p. 334 et s.

(2) J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif*, op. cit., p. 235 et s.

(3) Ainsi, la présomption de justice ne constitue pas « le contenu formel intrinsèque » de la règle du contrat, mais elle constitue seulement ses motifs d'être. V. sur cette distinction, J. Dabin, idem, p. 243.

(4) Selon E. Gounot, la liberté contractuelle « ne repose que sur une présomption de justice ». (Thèse précitée, p. 387).

(5) V. sur « la présomption d'équivalence » (J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse, Toulouse, T. 1, 1920, p. 177 et s. ; Adde, p. 161).

(6) Waline, *L'individualisme et le droit*, op. cit., p. 177.

CHAPITRE III

LE JUGEMENT, SOURCE D'OBLIGATION

La formule de la théorie de l'obligation judiciaire s'énonce : en révisant une obligation contractuelle, le jugement éteint celle-ci et en fait naître une nouvelle. Ce jugement est novateur, constitutif et source d'obligation. Dans la première section, nous étudierons la révision créatrice de l'obligation judiciaire, et dans la deuxième nous étudierons la notion du jugemnt constitutif d'obligation.

cute pas volontairement son devoir, exception faite des actes conservatoires permis avant que le débiteur soit en retard.

Enfin, la responsabilité n'est pas source d'une obligation nouvelle, car elle est par définition l'un des deux éléments d'une obligation et sert seulement à assurer la réalisation complète de celle-ci ([180]). Ainsi, la contestation du premier élément de l'obligation (la dette) n'éteint pas l'obligation tout entière, mais elle fait seulement agir le deuxième élément (la responsabilité). De même, la protection assurée par ce deuxième élément ne met pas fin à la vie de l'obligation, mais au contraire elle la fait valoir contre les obstacles. Ni la contestation, ni la protection ne sauraient donc éteindre l'obligation. Tant que l'acte pris appartient à l'un des deux éléments de l'obligation, il n'est pas question de l'extinction de celle-ci. Il y aura lieu d'extinction seulement quand on sort de la sphère de l'obligation, quand on tend à sa révision ou à sa modification. C'est ce qui fera l'objet du troisième chapitre.

56. — *CONCLUSION.*

Il va sans dire que notre critique du système romain et des théories modernes ne saurait méconnaître les réalités historiques ni positives. La novation nécessaire existe et en droit romain et en droit moderne. La novation nécessaire a été conçue dans toutes les phases du litige (inexécution, mise en demeure, demande en justice, litiscontestatio et jugement). Toutes ces formes de la novation nécessaire nous paraissent critiquables. En revanche, la novation nécessaire nous paraît justifiable, voire irremplaçable, quand le jugement modifie l'obligation contractuelle en dépassant ses éléments.

« le problème de la responsabilité contractuelle » est inséparable de celui « du contenu de l'obligation ». (Rev. trim. de dr. civ.; 1945, p. 284). D'ailleurs, M. A. Tunc se réfère à l'analyse dualiste de l'obligation en soulignant le peu de différence entre sa propre analyse et celle-là. (Idem, p. 245, note 2).

(180) La majorité des partisans de cette analyse de l'obligation est d'accord sur ce point. Il y en a cependant d'autres, tels que le juriste allemand Schwind, qui considère la responsabilité comme source d'obligation nouvelle composée des deux éléments nouveaux, la dette et la responsabilité. — (Popa. Thèse, op. cit., p. 182). Cette opinion nous paraît critiquée pour les raisons exposées dans le texte. Dans sa thèse de doctorat, M. Comparato considère la responsabilité comme l'aspect passif de l'élément « engagement » dans l'obligation. (F.-K. Comparato, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé,* Paris, Dalloz, 1964, p. 111 et s.). Cependant, l'auteur donne à la responsabilité une définition qui en fait une « sanction de l'inexécution d'une obligation » (*Ibid.*, p. 114), ce qui est incompatible avec sa considération comme partie de l'obligation elle-même. En effet, l'analyse dualiste exige de considérer la responsabilité comme une sanction de l'inexécution de l'élément « dette » dans l'obligation et non pas de l'obligation tout entière. D'ailleurs, l'auteur se borne à traiter les éléments et la structure de l'obligation sans en tirer les conséquences attendues. Ainsi, il ne fait aucune allusion au problème qui nous occupe, celui de la continuité de l'obligation ou sa novation.

Néanmoins, une telle application nous paraît toujours possible à condition de ne pas oublier qu'il s'agit d'une interprétation du droit romain selon une technique qui lui est étrangère, et c'est dans ce sens qu'on peut accepter les études de G. Cornil (177).

Mais quelle est l'idée qu'on se fait de cette technique ? En effet, l'étude comparée de M. Popa montre combien la divergence est énorme entre ses partisans, soit sur le principe, soit sur les détails ; c'est ce qui a permis à d'autres juristes, tels que M. Ferra, de dénoncer « cette grande incertitude » en la matière (178). Mais sans s'attacher à un auteur déterminé, on peut donner à cette technique la signification suivante : l'élément dette exprime le devoir du débiteur d'exécuter une certaine prestation, l'élément responsabilité exprime le pouvoir du créancier d'exiger cette exécution soit en nature, soit par équivalent. Et il se peut que l'un de ces deux éléments existe sans l'autre ; mais pour que l'obligation soit parfaite, il faut que les deux éléments soient existants et fusionnés, et c'est cette forme normale de l'obligation qui nous intéresse ici.

Ainsi, la responsabilité fait partie de l'obligation. L'affirmation est grave et nous voulons en tirer les conséquences suivantes :

Tout d'abord, il faut admettre l'unité du principe de la responsabilité, étant donné l'unité du principe de l'obligation malgré ses différentes sources.

D'autre part, il faut admettre la pluralité des sources de la responsabilité. Il y autant de responsabilités que d'obligations. Et cela nous évite le faux problème de savoir quelle est la responsabilité du droit commun pour lui soumettre les litiges concernant les obligations qui ne sont ni contractuelles, ni délictuelles. Chaque fait générateur d'obligation fait naître en même temps et la dette, et la responsabilité qui la concerne. Le délit par exemple fait naître la dette de réparer le dommage et en même temps la responsabilité d'exiger cette réparation. Et il en va de même pour les autres sources d'obligation (179).

D'ailleurs, la responsabilité naît en même temps que la dette, mais elle ne fonctionne qu'à partir du moment où le débiteur n'exé-

---

(177) G. Cornil n'a pas indiqué précisément si la technique utilisée est propre ou étrangère au droit romain ; c'est ce qui a donné lieu à beaucoup de malentendus à propos de ses études.

(178) Popa, Thèse, op. cit., p. 268.

(179) Il est à remarquer que M. Stark est arrivé à un résultat ressemblant selon lequel « l'obligation et la responsabilité ne sont qu'une seule et même chose ». (B. Stark, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, Paris, 1947, p. 293). Mais il vaut mieux dire que la responsabilité est l'un des deux éléments de l'obligation. En effet, M. Stark ne se sert pas de cette analyse de lobligation, c'est pourquoi il ne faut pas attacher beaucoup d'importance à cette ressemblance.

Il est à remarquer aussi que l'article de M. A. Tunc, *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle*, vise principalement à démontrer que

d'autres termes. La sanction ne met pas fin à l'obligation, car elle fait elle-même partie de l'un des deux éléments de celle-ci. Or, chaque obligation s'analyse en deux éléments : la dette (debitum, Schuld, devoir), et la responsabilité (obligatio, Haftung, engagement).

Cette analyse de l'obligation n'a pas été bien accueillie en France. Demogue la compare non sans humour à l'analyse de l'atome (168) et très récemment, MM. Marty et Raynaud lui refusent leur autorité (169). Au contraire, la doctrine égyptienne lui est favorable, en général (170). En effet, cette analyse nous paraît aussi juste que précieuse. Elle explique profondément la notion de l'obligation et peut être ainsi appliquée à tous les systèmes juridiques. Or, cette analyse n'appartient pas à un quelconque droit positif, mais à la notion même de l'obligation, dans son sens le plus évolué et le plus parfait.

Ainsi, si le droit romain ne la connaît pas, les prudents, dit Cornil, « emploient les termes obligatio et debitum comme synonymes » (171). Cependant, elle peut expliquer l'évolution de l'ancien droit romain, car au début l'obligation (le mot est utilisé ici improprement) ne contenait pas les deux éléments. C'est seulement avec la stipulation que l'obligation englobait sûrement et le debitum et l'obligatio (172). L'évolution précédente à la stipulation n'était pas faite, bien entendu, dans l'intention de répondre à une technique déterminée. L'évolution longue et hésitante s'était faite sans plan et sans programme. D'ailleurs un tel plan est inconcevable, car avant de connaître une certaine technique, comment peut-on être déterminé par elle ?

En résumé, avant l'apparition des deux éléments de l'obligation, il était impossible aux juristes de les connaître, et après leur apparition ils les confondaient l'un avec l'autre. C'est pourquoi des juristes tels que De Visscher (173), Girard (174), Giffard (175), J. Maillet (176) réfutent l'application de cette distinction en droit romain.

---

(168) DEMOGUE, *Préface de la thèse de* M. E.-A. POPA, *Les notions de « debitum » (Schuld) et « obligatio » (Haftung) et leur application en droit français moderne,* Paris, 1935, p. IX.

(169) G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil,* op. ct., T. 2, p. 8.

(170) Voir la bibliographie citée par I. GHANEM, *Essai critique sur la notion du patrimoine en droit français et en droit égyptien,* Thèse, Paris, 1951, Imprimerie nationale, Le Caire, 1957, N° 14, p. 23, note 2 ; Adde, A. Al. HEGAZY, *La théorie générale de l'obligation,* T. 1, Le Caire, 1962, N° 40, p. 96 ; I. GHANEM, *Les effets de l'obligation,* Le Caire, 1956, N° 8, p. 16.

(171) G. CORNIL, *Debitum et obligatio,* op. cit., p. 206 ; Adde, p. 204.

(172) G. CORNIL, *Debitum et obligatio,* op. cit., p. 217.

(173) Cité par J. MAILLET, *La théorie de Schuld et Haftung en droit romain,* exposé et examen critique. Thèse, Aix-en-Provence, 1944, p. 193, note 1.

(174) GIRARD, *Manuel,* op. cit., p. 419, note 1.

(175) A.-E. GIFFARD, *Précis de droit romain,* T. 2, 3e éd., 1951, p. 3.

(176) J. MAILLET, Thèse précitée, surtout pp. 57, 58, 125, 165, 194, 217, 221, 222.

55. — *DISCUSSION GENERALE DU DEUXIEME CHAPITRE : L'INFLUENCE DU LITIGE SUR LE DROIT.*

Nous avons déjà vu que la novation nécessaire, soit en droit romain, soit en droit moderne, se produit toujours à l'occasion de la contestation d'un droit préexistant [166]. Qu'elle se produise à partir de la simple inexécution du droit, de la mise en demeure, de la demande en justice, de la litiscontestatio, ou du jugement ; qu'elle s'opère une seule fois, ou deux fois successives, il y a toujours l'idée que la contestation d'un droit lui coûte la vie. Il y a aussi l'idée que la protection judiciaire du droit met fin à sa vie. Et cela ne portera aucun préjudice aux intérêts du titulaire du droit éteint, car le même fait (contestation ou protection) fera naître à son profit un droit nouveau.

Cette conclusion fortifie considérablement les arguments de l'idée de la novation judiciaire, en cas de la révision du contrat par le juge. Car si la protection judiciaire du droit met fin au droit protégé, la modification judiciaire du droit en fera de même, et à plus forte raison. Ainsi, M. L. Mazeaud, tout en réfutant l'effet créateur du jugement sanctionnant un contrat, il en va autrement quant au jugement accordant un délai de grâce [167].

Cependant, nous ne cherchons pas à tout prix des arguments consolidant l'idée de la novation nécessaire en cas de la révision du contrat. Comme toute autre technique, celle de la novation nécessaire doit être gardée à ses justes limites. Pas de novation sans que la substitution d'une obligation à une autre paraisse évidente. Ainsi, nous nous opposons aux théories romaines, et modernes de la novation nécessaire. A notre avis, ni la contestation, ni la protection n'atteignent le droit dans son existence. Car la notion du droit subjectif suppose la possibilité de sa contestation. Robinson, dans son île, n'avait pas de droits subjectifs. De même, le droit subjectif est inconcevable sans protection. Pas de droit subjectif sans action, pas de mien juridique sans pouvoir politique, comme le dit Kant. Ainsi, si l'existence du droit subjectif n'est pas réalisable sans la possibilité de sa contestation, et sans la nécessité de sa protection, comment cesserait-il d'exister à cause de ces mêmes faits ? Cela nous paraît fort illogique.

Et quand on se borne à envisager le droit de créance, qui concerne seul notre recherche, on peut exprimer la même opinion en

---

(166) Nous n'envisageons pas ici l'hypothèse possible d'une action indépendante du droit, car par définition la novation est la substitution d'une obligation à une obligation préexistante.

(167) L. Mazeaud, *De la distinction des jugements déclaratifs et jugements constitutifs de droits*, op. cit., p. 33.

jugement, et c'est à partir de cette date que commencent à courir les intérêts moratoires ([163]).

Il en va de même pour la solution déjà exposée de l'inopposabilité du concordat conclu avant le jugement contre le créancier de l'indemnité née de celui-ci. Enfin, « l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice doit être calculée sur la valeur du dommage au jour du jugement » ([164]).

Cela dit, il y a une remarque capitale, à savoir que les effets des deux obligations ainsi réglés par la jurisprudence n'étaient pas des conséquences fatales de l'idée de la novaiton. Celle-ci n'empêche pas en réalité que les effets de la deuxième obligation aient commencé avec la première, ou que les effets de la première continuent à se produire avec la deuxième. La jurisprudence s'inspire donc d'autres considérations que la nécessité inhérente à une technique juridique quelconque ([165]). Et il n'en est pas moins capital que la reconnaissance de l'existence des deux obligations successives n'a pas été tirée par induction des effets attachés à chacune d'elles, mais de l'affirmation expresse des arrêts. Ainsi, les arrêts concernant l'inopposabilité du concordat affirment à la fois la naissance d'un droit à partir du délit et la naissance d'un droit à partir du jugement. En réalité, la jurisprudence procède d'une conviction du rôle novatoire et transformiste du jugement, et c'est de cette conviction exprimée implicitement à l'occasion de certains effets des deux obligations, et non pas de ces effets mêmes, qu'il faut tirer l'idée de la substitution d'une obligation à une autre.

La conclusion de la sous-section II est la suivante : le jugement de condamnation à des dommages-intérêts en matière de responsabilité délictuelle est, selon la jurisprudence, novateur, constitutif et source d'obligation.

---

(163) Req. 29 oct. 1930, D. 1930, 1, 148 ; civ. 5 nov. 1936, D.H. 1936, 585 ; Crim. 4 mai 1939 ; Gaz. Pal. 1939, 1, 885 ; Crim. 18 janv. 1940, Gaz. Pal., 1940, 1, 232 ; Civ., 12 nov. 1941, D.C. 1942, J, 97, note Marcel NAST ; Crim., 8 nov. 1945, D. 1946, J. 95 ; Trib. civ. Metz, 31 juil. 1952, Gaz. Pal. 1952, 2, 380, Rev. trim. de dr. civ., 1953, p. 111, note H. et L. MAZEAUD.

(164) Req. 24 mars 1942, D.H. 1942, J. 118 ; S. 1942, 1, 135. Besançon, 6 mai 1942 ; Cass. crim., 17 juin 1942 ; J.C.P. 1942, 2, 1973 ; L. MAZEAUD, *L'évolution du préjudice et la hausse des prix en cours d'instance*, J.C.P. 1942, 1, 275; Cass. civ. 15 juil. 1943, J.C.P. 1943, 2, 2500, note G. HUBRECHT ; Crim. 6 juin 1946, D. 1947, J. 234 ; note J. SAVATIER ; Cons. d'Et. 21 mars 1947 (3 arrêts), D. 1947, J. 275, note P.-L. J.

(165) Ainsi, un homme aussi renseigné que le premier président Pean fait valoir les considérations de l'équité, note sur Cass. req. avril 1941, note G. PEAN.

liquider et la rendre exigible sans en faire naître une nouvelle [156]. Cette idée rejoint, ainsi, la thèse traditionnelle.

En résumé, toute théorie ne reconnaissait qu'une seule obligation, qu'elle soit née au jour du dommage, de la demande en justice, du jugement ou par étapes successives, ne saurait expliquer la jurisprudence en la matière. Quelques-unes de ces théories ont été élaborées dans l'intention d'interpréter la jurisprudence ; d'autres ont été adressées contre celle-ci. Ainsi, elles sont parfois en opposition les unes avec les autres. Elles n'ont de lien commun que leur incompatibilité avec la théorie de la novation nécessaire adoptée par la Cour suprême.

54. — *LES EFFETS DES DEUX OBLIGATIONS SUCCESSIVES.*

Le droit de réparation naît du jour du dommage. A partir de ce jour court sa prescription [157], et il devient transmissible [158]. Du même jour apparaît le droit de la victime « de faire des actes conservatoires du patrimoine de son débiteur », tel que la déclaration de l'accident à l'assureur, « pour écarter la déchéance qui menaçait son débiteur » [159]. Aussi, le droit direct de la victime contre l'assureur qui « naît de la loi et non du contrat » [160] « prend naissance au jour de l'accident » [161]. De même, la victime peut opposer son droit contre l'administration, en cas de confiscation générale des biens du responsable, si le dommage se produit avant la confiscation [162]. En revanche, le droit à l'indemnité ne naît qu'à partir du

(156) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *L'évolution moderne du droit des obligations*, Cours Doctorat, 1944-1945, p. 167 et s.

(157) Civ. S., 16 juillet 1947, J.C.P., 1947, 2, 3791 ; note Jean MAZEAUD.

(158) *Ibid.*, Cass. crim. 9 décembre 1937, S. 1942, 1, 41, note J.-A. ROUX.

(159) Req. 30 nov. 1926, D.P. 1928, 1, 49, note Louis JOSSERAND. Celui-ci proteste que l'exercice du créancier des droits et des actions de son débiteur exige que ce droit soit certain, exigible et liquide, ce qui n'est pas le cas dans l'arrêt noté, et qu'il a fallu recourir à l'idée du droit direct de la victime contre l'assureur.

(160) Civ., 14 juin 1926, S. 1927, 1, 25, note P. ESMEIN.

(161) Civ., 15 juin 1931, C. 1932, 1, 169, note P. ESMEIN. Selon les termes de cet arrêt, c'est la loi du 28 mai 1913, ajoutant un § 8 à l'art. 2102, C. civ., qui a créé le droit direct de la victime contre l'assureur. Cependant le même arrêt laisse croire que ce droit naît finalement d'une stipulation pour autrui introduite dans le contrat d'assurance. M. P. Esmein n'attache pas beaucoup d'importance à la nature de ce droit qu'il voit complexe. L'essentiel, c'est que le droit de la victime naisse au jour de l'accident ; Adde, Paris, 23 mars 1953, Rev. gén. des Ass. ter., 1953, p. 73, note A. BESSON ; Rev. trim. de dr. civ., 1953, p. 708. Observations de MM. H. et L. MAZEAUD.

(162) Trib. civ. Bordeaux, 21 mai 1947, J.C.P., 1947, 2, 3901. Note J. MAZEAUD.

modes d'extinction des obligations comme le paiement par exemple. Le jugement n'en sera pas une, bien entendu. Cette thèse est à la base de toutes les objections déjà signalées contre la jurisprudence, mais elle « n'a exercé aucune influence » sur celle-ci, comme le remarque Lyon-Caen, l'un de ses partisans (152).

Une deuxième thèse n'admettant qu'une seule obligation en matière de responsabilité délictuelle est celle de Jèze. Mais cette fois l'obligation ne naît pas du délit même, mais de la volonté unilatérale de la victime. Selon Jèze, seule la volonté humaine peut créer une situation subjective. En présentant la demande en justice, la victime exprime sa volonté d'obtenir la réparation du dommage. C'est à ce moment que le droit à des dommages-intérêts prend naissance, et le jugement qui intervient après ne fait que le constater (153). Et il est clair que la thèse de Jèze contredit, et le Code, et la jurisprudence. Une troisième théorie, incompatible avec la jurisprudence, est celle de Duguit. Celui-ci ne reconnaît pas le délit comme source d'obligation. Un fait contre le droit ne peut pas donner naissance à une situation juridique. Le droit à des dommages-intérêts ne naît que du jugement. Duguit n'admet la novation nécessaire qu'en matière de responsabilité contractuelle, mais en matière de responsabilité délictuelle la question ne se pose pas, car avant le jugement de condamnation, il n'y avait aucun droit pour qu'il soit transformé (154). Il faut donc cesser d'assimiler la thèse de Duguit à la jurisprudence comme on le fait d'habitude.

La théorie de Demogue de la création du droit par étapes successives, faute, dommage, action en justice, ne s'accorde pas non plus avec la jurisprudence, car selon celle-là le droit « ne prend réellement naissance que le jour où ces éléments se trouvent réunis » (155), et ce serait le jour du jugement. Demogue ne reconnaît donc qu'une seule obligation qui date du jour du jugement. En effet, l'idée vague et imprécise de la création par étapes successives ne saurait être rapprochée de l'idée de la création par novation ou par transformation. Qu'on s'interdise donc d'interpréter la jurisprudence par la thèse de Demogue.

Enfin, la théorie du doyen Julliot de la Morandière, qui distingue entre la création du droit et sa liquidité, ne sert pas non plus à expliquer la jurisprudence. Car, selon cette théorie, il n'y a qu'une seule obligation, celle née du dommage ; le jugement ne fait que la

---

(152) Lyon-Caen, note sur req., 11 avril 1907, S. 1907, 1, 433.

(153) G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., p. 48. V. la critique de Jèze par L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., T. 2, p. 487.

(154) Voir supra, N° 47.

(155) R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Paris, 1924, T. 4, p. 244 ; Adde, p. 246.

« la créance de réparation » et la « créance d'indemnité » (147). M. P. Gervésie déclare de même que « c'est le tribunal qui précisera la nature et l'importance de la créance de réparation, la transformera en créance d'indemnité » (148). Ainsi, M. J. Carbonnier constate que « cette sorte de novation est admise dans la responsabilité délictuelle, où le jugement allouant les dommages-intérêts est regardé comme constitutif » (149). Selon lui, « l'obligation de réparer est une obligation de faire ». Elle va être transformée « par le jugement de condamnation, le plus souvent en une obligation à dommages-intérêts, qui est une obligation de somme d'argent » (150). De même, le doyen Roubier admet que l' « obligation de réparation... aboutira à une créance d'indemnisation du dommage » (151). Et, pour bien saisir l'idée jurisprudentielle de la novation nécessaire, il faut la comparer aux autres théories doctrinales proposées en la matière.

53. — *LA THEORIE JURISPRUDENTIELLE DE LA NOVATION NECESSAIRE COMPAREE AUX DIFFERENTES THEORIES DOCTRINALES.*

Toutes les théories n'admettant qu'une seule obligation à propos de la responsabilité délictuelle seraient incompatibles avec la jurisprudence. Ces théories sont nombreuses et très différentes les unes des autres.

Il y a d'abord la thèse traditionnelle, selon laquelle le délit fait naître l'obligation de réparer le dommage subi. La poursuite judiciaire n'apporte aucun élément nouveau. Le jugement constate le droit à des dommages et intérêts sans en créer un nouveau. Le droit du créancier né du jour du dommage ne s'éteindra que par l'un des

---

(147) R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2e éd., 1951, T. 2, p. 199.

(148) P. Gervésie, note sur Lyon, 22 nov. 1954, D. 1956, 628 ; Adde, R. Dennery, *Du caractère des jugements de condamnation à dommages-intérêts*, op. cit., pp. 390, 394 ; R. Meurisse, note sur Lyon, 22 nov. 1954, S. 1956, 172.

(149) J. Carbonnier, *Droit civil*, T. 2, 1959, N° 153, p. 508.

(150) Idem, N° 195 p. 686. Et il est à remarquer que M. Carbonnier reconnaît trois obligations et deux novations successives (ibid.) ; Comp. M. R. Merle qui admet la substitution de l'obligation de « verser une indemnité » à la « simple obligation de réparer qui est née au jour du dommage », sans admettre le caractère constitutif du jugement « Ce n'est pas un effet réellement constitutif affirme-t-il, mais un effet positif complémentaire inhérent au contenu et au but du jugement ». En effet, il ne faut pas jouer sur les mots. La question est la suivante : Y a-t-il ou non une obligation nouvelle procédant du jugement ? Si oui, comme l'admet M. R. Merle, le jugement sera constitutif et source d'obligation. (R. Merle, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Thèse, Toulouse, 1948, édition Rousseau, pp. 136-137).

(151) P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 298.

52. — *LA SUBSTITUTION D'UNE OBLIGATION A UNE AUTRE.*

On peut concevoir trois obligations et deux novations. Il y a d'abord l'obligation légale de ne pas nuire à autrui. Le manquement à cette obligation fait naître l'obligation de réparer le dommage subi ([142]). Celle-ci se transforme à son tour par le mécanisme du jugement en l'obligation de payer l'indemnité.

Mais il y a une tendance à ne pas considérer la première obligation légale, celle de ne pas causer dommage à autrui comme une obligation proprement dite. Il s'agit d'un devoir juridique qui ne figure ni en actif au patrimoine du créancier, ni en passif au patrimoine du débiteur ([143]). De même, la transformation de ce devoir en obligation de réparer le dommage ne constitue pas une novation proprement dite. Il y a, ici, une substitution d'une obligation à un devoir et non pas une substitution d'une obligation à une autre. Il ne reste donc que deux obligations proprement dites : celle de réparer le dommage et celle de payer l'indemnité fixée par le jugement. Ainsi, il ne reste qu'une seule novation, celle opérée par le jugement. Cette tendance semble être adoptée par la majorité des partisans de la novation nécessaire en matière de responsabilité délictuelle.

Un essai mérite ici d'être mentionné, celui de Mlle Lucienne Ripert. Celle-ci était la première à dénoncer la « confusion entre deux obligations pourtant différentes : l'obligation de réparer et l'obligation de verser l'indemnité allouée par la décision de justice » ([144]). Cependant, elle avait tort de considérer la transformation opérée par le juge comme « la manifestation d'un imperium » ([145]). En réalité, et comme nous l'avons déjà remarqué, la transformation opérée par le jugement en droit romain relevait de la sentence du juge et non pas de l'imperium du magistrat.

La Thèse de Mlle L. Ripert avait fait fortune. M. Lalou rend hommage à cette « très remarquable thèse de doctorat », et admet à son instar que « l'obligation de réparer existe dès le jour où le dommage est causé... Mais l'obligation de verser une indemnité n'existera qu'à partir du jour où une décision de justice en aura déterminé le montant » ([146]). M. Savatier fait, lui aussi, la même distinction entre

---

(142) V. la théorie de Planiol, supra N° 46 ; Adde, G. Ripert, *La règle morale*, op. cit., pp. 238-239.

(143) P. Roubier, *Droit subjectif et situations juridiques*, op. cit., p. 102.

(144) L. Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*. Thèse, Paris, 1933, p. 138.

(145) *Ibid.*, p. 151.

(146) Henri Lalou, *Déclaratif ou attributif ? (Caractère des jugements rendus en matière de responsabilité civile)*, D.H. 1936, p. 71.

11 avril 1907. L'arrêt du 29 octobre 1930 déclare aussi que la créance « n'existe qu'à partir de la condamnation » ([135]). En effet, la formule « aucun titre de créance, aucun droit reconnu » est maintenant classique ([136]). Et nul ne s'est trompé sur le sens exact de la jurisprudence en ce qui concerne la qualité constitutive du jugement. Les adversaires de la jurisprudence sont les premiers à la reconnaître. Et il est probable que la clarté de ce fait (le jugement source d'obligation) a caché l'autre fait (le délit source d'obligation), surtout si on ne voit qu'une obligation unique, qui n'aura qu'une source unique bien entendu. Ainsi, M. P. Esmein, l'un des adversaires, non seulement du jugement constitutif, en matière de responsabilité délictuelle, mais de la notion même du jugement constitutif qu'il dénonce comme un « outil de mauvaise qualité » ([137]), reconnaît que « le mot titre ne signifierait plus dans les arrêts " instrument de preuve ", mais " source de droit " » ([138]). En effet, malgré les objections de la doctrine, personne n'a essayé de détourner le sens de la jurisprudence, et depuis longtemps on reconnaît la fermeture de la Cour suprême dans sa position. Ainsi, Lyon-Caen constate que la jurisprudence « demeure immuable » et « invariable » ([139]). Et. M. L. Mazeaud reconnaît que « c'est une jurisprudence aujourd'hui définitivement établie » ([140]). Et qu'on se souvienne de l'affirmation du président Pean à ce propos.

Il est certain donc qu'une obligation née du délit et avant le jugement et qu'une obligation n'existe qu'à partir du jugement. Et il va sans dire que nous sommes devant deux obligations distinctes et successives ; autrement on admettrait qu'une obligation existe et n'existe pas en même temps, ce qui serait « une contradiction flagrante » ([141]), indigne de la Cour suprême. Entre ridiculiser la Cour de cassation et interpréter ses arrêts selon une idée déjà admise en droit romain et par de considérables esprits modernes (l'idée de la substitution d'une obligation à une autre), nous choisirons la deuxième position.

---

(135) Req. 29 oct. 1930, D. 1930, 1, 148, avec le rapport du conseiller Pilon.

(136) Civ. 5 nov. 1936, D.H. 1936, 585 ; crim. 4 mai 1939, Gaz. Pal. 1939, 1. 885 ; crim. 18 janv. 1940, Gaz. Pal. 1940, 1, 232 ; civ. 12 nov. 1941, D.C. 1942, J. 97, note Marcel Nost ; crim. 8 nov. 1945, D. 1946, J. 95.

(137) P. Esmein, note, J.C.P. 1949, 2, 4911.

(138) P. Esmein, *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*, op. cit., p. 146.

(139) Lyon-Caen, note sur req., 11 avril 1907, S. 1907, 1, 433.

(140) L. Mazeaud, *De la distinction des jugements déclaratifs et jugements constitutifs des droits*, op. cit., p. 30 ; Adde, R. Meurisse, note sur Lyon, 22 nov. 1954, S. 1956, 172. « Cette jurisprudence, dit-il, est aujourd'hui trop assise pour pouvoir utilement être contestée et battue en brèche ».

(141) C'est l'expression de M. Morel précitée.

ceux-ci. Le premier fait est affirmé par le Code et la jurisprudence ; le deuxième est affirmé par la jurisprudence. Méconnaître l'un de ces deux faits, c'est trahir le droit positif. Les admettre tous deux, c'est reconnaître la novation en matière de responsabilité délictuelle. L'obligation de payer l'indemnité, née du jugement, se substituera à l'obligation de réparer le dommage, né du délit.

Or, le premier fait est incontestable. L'article 1382, C. civ., affirme clairement que la faute délictuelle fait naître l'obligation de réparer le dommage subi. La jurisprudence n'a jamais songé à méconnaître cette réalité. L'un des premiers arrêts consacrant le caractère constitutif du jugement de condamnation aux dommages-intérêts affirme explicitement que « l'action en dommages-intérêts... avait sa cause première dans le crime de faux et d'usage de faux » (130). Le premier arrêt en la matière, même si sa langue est un peu équivoque, affirme lui ausi que c'est « le fait qui donne naissance » (131) à l'obligation. Un autre arrêt, aussi important, confirme la jurisprudence précédente. « L'obligation de la société, affirme-t-il, envers Huré de réparer le dommage qu'elle lui avait causé par sa faute remontait à la date de l'accident » (132). De même l'arrêt du 2 avril 1941 affirme que la faute délictuelle constitue « le fait qui a donné naissance » (133) à l'obligation de réparation. La Cour suprême ne mérite donc pas l'accusation de la doctrine « d'avoir oublié que les délits et les quasi-délits sont des sources des obligations comme les contrats et les quasi-contrats » (134). Au contraire, la Cour suprême tient toujours à considérer la faute délictuelle comme source d'obligation. Mais il n'en est pas moins vrai qu'elle affirme le caractère constitutif du jugement en condamnation aux dommages et intérêts.

Ainsi, l'arrêt du 19 janvier 1898 déclare que la créance n'a pas été « créée » avant le jugement. L'arrêt du 22 octobre affirme que le créancier n'avait « aucun titre de créance, aucun droit reconnu », avant le jugement. Et on trouve la même formule dans l'arrêt du

---

(130) Cass. civ., 22 octobre 1901, D.P. 1901, 1, 527.

(131) Req. 19 janvier 1898, D.P. 1, 473, avec le rapport du conseiller Marignon ; D.P. 1899, 1, 5, note Lyon-Caen. Nous nous rappelons que l'arrêt du 6 juillet 1857 relève de la responsabilité contractuelle.

(132) Req. 11 avril 1907, S. 1907, 1, 433.

(133) Req. 2 avril 1941, J.C.P. 1943, 2, 2096, note G. Pean.

(134) Lyon-Caen, note sur Cass. req. 16 décembre 1896 et 19 janvier 1898, D.P. 1899, 1, 5 ; Adde, Hubert de la Massüe, *De la soumission du créancier quasi délictuel à la loi du concordat*, in Revue pratique de législation et de jurisprudence du Tribunal de Commerce de la Seine, 1937, p. 104 ; G. Hereil et Léo Mellir, *La masse en matière de faillite*, in Rev. gén. de dr. comm., 1938, p. 56 ; L. Mazeaud, *De la distinction des jugements déclaratifs et jugements constitutifs de droits*, op. cit., p. 31-32. En effet, cette objection est à la base de toute la doctrine hostile à la Cour de cassation.

aucune distinction tirée de la gravité de la faute. C'est ce qui a permis à certains commentateurs de déclarer le caractère constitutif du jugement rendu en matière de responsabilité, soit contractuelle, doit délictuelle. « En un mot, dit Morel, le droit aux dommages-intérêts prend naissance au jour du jugement qui les alloue, sans qu'il y ait à distinguer entre la faute délictuelle et la faute contractuelle » ([127]). Mais il faut maintenant tenir compte de la distinction faite par l'arrêt du 2 déc. 1947 au sein de la responsabilité contractuelle.

On remarque, enfin, que le premier arrêt de la Cour de cassation affirmant le caractère constitutif de la condamnation à des dommages-intérêts a été rendu en matière de responsabilité contractuelle ([128]). Il s'agissait d'une garantie d'éviction ([129]).

En résumé, si la faute contractuelle est normale, il y aura une seule novation, celle du moment de la réunion des éléments de la responsabilité, et le jugement sera simplement déclaratif de l'obligation née de la faute. En cas de faute lourde, le jugement opère une deuxième novation et fait naître une nouvelle obligation. Distinction justifiée ou injustifiée, c'est le sens exact de la jurisprudence. Allons maintenant étudier le problème en matière de responsabilité délictuelle.

Sous-section II

LA NOVATION NECESSAIRE EN MATIERE DE RESPONSABILITE DELICTUELLE

51. — *LES DEUX OBLIGATIONS.*

Une juste interprétation du droit positif français en la matière ne saurait négliger les deux faits suivants. D'abord, le délit est une source de l'obligation de réparer le dommage subi. D'autre part, le jugement de condamnation à des dommages-intérêts est la source de

---

(127) R. Morel, *Des dommages-intérêts dus par un commerçant*, op. cit., p. 346. Dans le même sens, R. Dennery, *Du caractère des jugements de condamnation à dommages-intérêts*, in Rev. crit. de législ. et de jur., 1937, pp. 374-404. Voir surtout pp. 398 et s.

(128) Req., 6 juillet 1857, D.P., 1857, 1, 440.

(129) Voir sur le caractère contractuel du litige, J. Hémard, in Rev. gén. de dr. comm., op. cit., p. 705 ; R. Dennery, *Du caractère des jugements de condamnation à dommages-intérêts*, op. cit., p. 398 ; Comp. le rapport du conseiller Marignon, req., 19 janv. 1898, D.P., 1, 473, note de Thaller.

Le contrat n'est donc pas la source de l'obligation dont il s'agit, mais c'est son inexécution. L'obligation de réparation se substituera à l'obligation contractuelle inexécutée, et elle restera existante, même après le jugement qui ne la transformera pas en une nouvelle obligation. Le jugement n'est ni novateur, ni constitutif. C'est la date de l'inexécution et non pas celle du jugement qu'il faut tenir en compte pour déterminer la masse des créanciers.

Mais si la faute est lourde, il en va autrement. Le jugement devient en ce cas novateur et constitutif. La créance de payer les dommages-intérêts datera du jour du jugement, et ne constituera pas une créance dans la masse si le concordat lui est antérieur. « Attendu, dit la Cour suprême, que l'arrêt attaqué a déclaré que l'inexécution du mandat constatée par l'arrêt du 8 avril 1936 *constitue une faute lourde* et que la condamnation prononcée contre Bourgoin par le dit arrêt *a sa base légale dans les dispositions de l'art.* 1992, C. civ.,... ; la Cour d'appel a pu décider que la créance, *n'ayant une existence certaine que depuis le prononcé de cet arrêt qui l'a reconnue, n'est donc née qu'après le jugement d'homologation* et que, partant, le concordat n'était pas opposable à Dissler ; d'où il suit que l'arrêt attaqué n'a pas violé les textes visés aux moyens » ([125]).

En commentant cet arrêt, M. J. Becqué remarque qu'il « risque de réduire considérablement le domaine d'application du principe de la déclarativité des jugements » ; et G. Ripert explique comment, en cas de faute lourde, « l'action en responsabilité contractuelle ressemble à l'action en responsabilité délictuelle ».

Qu'il soit convenable ou non de considérer le jugement en ce cas comme source d'obligation nouvelle, qu'il soit justifiable ou non d'établir la ressemblance ou la dissemblance entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle sur la gravité de la faute — une notion depuis longtemps abandonnée —, la portée de l'arrêt est claire.

Et il faut remarquer que le jugement ne crée pas l'obligation du néant. Cette obligation a sa base, comme le dit l'arrêt, dans les dispositions de l'article 1992, C. civ. Et cela signifie que l'obligation certaine de payer l'indemnité a été précédée par l'obligation née de la faute de réparer le dommage. Il s'agit donc des deux novations successives, l'une par l'inexécution et l'autre par le jugement.

En effet, l'arrêt commenté est la confirmation de l'arrêt du 20 janvier 1932 ([126]). Celui-ci est, cependant, plus général et ne fait

---

(124) Cass. req., 2 avril 1941, J.C.P., 1943, 2, 2096, note G. Pean ; D.C. 1944, 43, note A. Chéron.

(125) Civ. sect., Comm., 2 déc. 1947, D. 1948, 577, note G. Ripert ; J.C.P., 1948, 2, 4269, note J. Becqué.

(126) S. 1932, 1, 105, note Henri Rousseau.

Envisageons le premier cas. Si la faute est normale, elle fait naître une nouvelle obligation, celle de réparer le dommage subi. Cette obligation se substitue à l'obligation contractuelle violée. Elle date du jour de la réalisation du dommage. Le jugement qui intervient après ne fait que la constater. Il n'exerce aucune influence sur son existence. Ce jugement sera donc déclaratif et non pas constitutif.

Ainsi, si la source de l'obligation de réparation, à savoir la faute, est antérieure au concordat, celui-ci sera opposable à son titulaire. « Attendu, dit la Cour suprême, que *la créance* ainsi reconnue au profit de la demoiselle Lartigue *procédait d'une faute se rattachant indissolublement au contrat*, antérieur à la faillite, en vue duquel elle avait été commise et sans la conclusion duquel elle n'eût présenté aucun caractère dommageable ; qu'il s'ensuivait qu'elle constituait une créance dans la masse, etc... » ([123]). On peut tirer de cet arrêt les conclusions suivantes :

1. La faute contractuelle n'est autre chose qu'un manquement au contrat. Elle est donc inséparable de celui-ci. C'est l'idée de la dualité de la technique des deux responsabilités, ou l'une de ses significations.

2. Cette faute est une source d'une nouvelle obligation. La créance, comme le dit la Cour suprême, procède de la faute. L'obligation nouvelle se substituera naturellement à l'obligation contractuelle violée.

3. Cette créance née de la faute survivra encore après le jugement. Celui-ci ne la transformera pas en une nouvelle créance. C'est donc la date de cette créance et non pas celle du jugemnt qu'il faut regarder pour déterminer la masse des créanciers. Le jugement, en ce cas, est déclaratif et non pas constitutif, car il n'opère pas une nouvelle novation.

Cet arrêt a été confirmé par un autre arrêt aussi célèbre. Celui-ci déclare explicitement la dualité de la technique des deux responsabilités. « Attendu, dit la Chambre des Requêtes, d'autre part, que si la créance en paiement d'une indemnité délictuelle ou quasi délictuelle n'est soumise à la loi du concordat..., il en est autrement de la créance en dommages-intérêts pour inexécution d'une obligation contractuelle qui, *procédant d'une faute se rattachant indissolublement au contrat*, constitue une créance dans la masse... *lorsque sa cause, à savoir l'inexécution du contrat*, est antérieure au concordat » ([124]).

(123) Cass. civ. 6 déc. 1937, in Revue générale de droit commercial, 1938, p. 700, note de J. Hémard.

toire [117], etc.., abondent dans ses commentaires. Les objections des juristes n'ont pas abouti, et la position de la Cour suprême reste « inébranlable », comme le remarque le premier président Pean [118]. C'est pourquoi d'éminents maîtres ont commencé à accepter le fait accompli. Ainsi, G. Ripert affirme la nécessité de faire « un nouvel examen de la notion de responsabilité contractuelle » [119].

En effet, l'analyse des arrêts de la Cour suprême est très facile à faire. La Cour de Cassation n'apporte aucune nouveauté en la matière. Ses idées s'accordent remarquablement avec les théories doctrinales que nous avons déjà étudiées. Peut-être le système d'un certain juriste est plus cohérent que celui de la jurisprudence, et cela est normal étant donné la diversité d'esprits contribuant à la création jurisprudentielle [120], et la préoccupation d'atteindre l'équité même au détriment de la logique.

Tout d'abord, la Cour suprême adopte le principe de l'unité de la responsabilité civile. Le manquement à une obligation préexistante fait naître une nouvelle obligation, celle de réparer le dommage subi. Quant à la technique des deux responsabilités, elle fait une distinction. Si la faute contractuelle est normale, elle adoptera la dualité de la technique des deux responsabilités. Si la faute contractuelle est lourde, il y aura unité de la technique des deux responsabilités, du moins en ce qui concerne l'influence du litige sur le droit [121]. La distinction entre les deux cas peut être exprimée par l'idée de la novation nécessaire. En cas de responsabilité contractuelle basée sur une faute normale, s'agit-il par exemple d'une simple inexécution du contrat [122], on n'admet qu'une seule novation, celle réalisée au moment de l'inexécution. En cas de faute lourde, on admet deux novations successives ; l'une s'opère comme dans la première hypothèse au moment de la réunion des éléments de la responsabilité, l'autre s'opère par le jugement. Celui-ci exerce sur l'obligation de réparation née de la faute une influence énorme de façon à la transformer en une obligation nouvelle.

---

(117) R. Morel, *Des dommages-intérêts dus par un commerçant*, in Revue générale du droit des faillites et liquidations judiciaires, T. 2, 1937, p. 355.

(118) G. Pean, note sur Cass. req., 2 avril 1941, J.C.P. 1943, 2, 2096.

(119) G. Ripert, note sur Cass. civ. sect. comm., 2 déc. 1947, D. 1948, 577.

(120) Descartes souligne l'importance de confier la création du système juridique à un seul législateur. Descartes, *Discours de la méthode*, op. cit., p. 18.

(121) Dans son commentaire précité, le président Pean met l'accent sur les considérations de l'équité.

(122) M. Hébraud veut établir une distinction entre l'inexécution du contrat et la responsabilité contractuelle. (P. Hébraud, *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, in Mélanges Maury, T. 2, 1960, pp. 463 et s.). En réalité, la simple inexécution du contrat constitue la faute et engage la responsabilité du débiteur.

à autrui aucun dommage, il a en outre, lorsqu'il a causé à autrui un dommage par sa conduite contrairement à la première obligation, l'obligation de réparer ce dommage ». Il y a ici, ajoute-t-il, « deux obligations : l'obligation de ne pas infliger de dommage, obligation principale, et l'obligation de réparer le dommage irrégulièrement causé, obligation-substitut, obligation de remplacement, qui prend la place de l'obligation principale lorsque celle-ci a été violée » (110). Jusque-là, on n'est pas encore arrivé à la sanction, car « l'obligation de réparer le dommage n'est pas une sanction ; elle est cette obligation supplétive » (111). Faute d'exécuter cette deuxième obligation, il y aura lieu d'une sanction, et en conséquence de la création d'une troisième obligation qui se substituera à l'obligation de réparation. « La sanction-exécution, ajoute-t-il, c'est-à-dire la réparation forcée du dommage par l'intermédiaire de l'organe d'application du droit, intervient seulement si cette obligation n'est pas exécutée » (112). En ce cas-là, le jugement sera la source d'une obligation nouvelle, ou plutôt il sera lui-même cette obligation. C'est l'idée du jugement norme individuelle. « La décision juridictionnelle, dit Kelsen, c'est-à-dire la norme individuelle qui prescrit dans un cas concret que tel individu A doit réparer le dommage subi par tel autre individu B en lui versant une certaine somme d'argent établit, ou plus exactement elle est, l'obligation juridique individuelle de A » (113).

Ainsi, le système de Kelsen est assez proche des idées romaines, et des idées de certains civilistes français. Mais il n'en est pas moins vrai que la ressemblance, ici, est incidente et exceptionnelle. Les idées de Kelsen sont, en effet, inséparables de sa théorie du droit.

50. — *LA NOVATION NECESSAIRE ET LA JURISPRUDENCE DE LA CASSATION FRANÇAISE.*

La détermination de la masse des créanciers en matière de faillite a donné l'occasion à la Cour suprême d'exprimer sa tendance sur la nature de la responsabilité civile. Sa jurisprudence a été mal accueillie par la grande partie de la doctrine française. Les qualificatifs : mystérieux (114), choquant (115), fâcheux (116), contradic-

(110) *Ibid.*, p. 169.

(111) *Ibid.*, p. 169.

(112) *Ibid.*, p. 169.

(113) *Ibid.*, p. 158 ; Adde, pp. 318 et s.

(114) Lyon-Caen, note sur req., 11 avril 1907, S. 1907, 1, 433.

(115) P. Esmein, *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*. Thèse, Paris, 1914, p. 157.

(116) A. Chéron, note, sur req., 2 avril 1941, D.C. 1944, 43.

de l'inexécution, disent-ils, lorsqu'il est générateur d'une responsabilité du contractant, crée vraiment une situation nouvelle. L'obligation de réparer a une étendue qui est sans rapport nécessaire avec celle de l'obligation inexécutée » [106]. Et il est hors de doute que l'obligation de réparation se substitue à l'obligation contractuelle inexécutée. Les deux obligations ne s'accumulent pas, car la responsabilité ne saurait être pour le créancier une source d'enrichissement.

49. — *LA NOVATION NECESSAIRE ET L'UNITE DE LA FAUTE A TRAVERS LA THEORIE PURE DU DROIT : KELSEN.*

La théorie pure du droit est le terrain d'élection du principe de l'unité. S'il y avait auparavant quelques difficultés à dire que la nature de l'obligation violée (légale ou contractuelle) n'affecte point la nature de la faute elle-même. Avec Kelsen, ces difficultés disparaissent complètement. Celui-ci n'admet aucune différence de nature entre l'obligation légale et contractuelle. Toutes les deux composent l'ordre juridique positif. Il y a seulement une différence de degré, l'une est générale et l'autre est individuelle. Et, dans le langage de Kelsen, l'obligation est identique à la norme [107]. Le droit positif est un système des normes juridiques, ou des obligations juridiques. La définition de l'obligation est la suivante : « un individu est obligé juridiquement à une conduite donnée lorsque la conduite contraire est érigée en condition d'un acte de contrainte (qui a le caractère d'une sanction) » [108]. Le droit est donc un système de contrainte, et la faute ou le délit est une condition, et non pas une négation du droit [109]. Le contrat fait naître une obligation individuelle. Un contractant est obligé de se conduire selon la manière déterminée par le contrat. S'il ne s'y conforme pas, son obligation sera remplacée par une obligation nouvelle, celle de réparer le dommage subi. S'il ne répare pas de son chef le dommage subi, l'obligation de réparation sera remplacée par une nouvelle obligation, celle créée par l'organe de contrainte (le juge). Il y a, ici, deux substitutions ou deux novations possibles. Il y a aussi trois étapes possibles, celle de l'exécution, celle de l'application et celle de la sanction. Lisons Kelsen. « L'individu, dit-il, n'a pas seulement l'obligation de ne causer par sa conduite

---

(106) *Ibid.*, p. 232.

(107) Il affirme « l'identité de la norme juridique et de l'obligation juridique ». (*Théorie pure*, op. cit., p. 158).

(108) H. KELSEN, *Théorie pure*, op. cit., p. 163.

(109) H. KELSEN, *Théorie pure*, op. cit., p. 152 et s.

tion par le jugement. Celui-ci « ne crée rien » (103). De plus, MM. Mazeaud sont réputés pour leur hostilité à l'idée du jugement constitutif d'obligation. Cependant, il nous semble qu'un partisan de la première novation pourrait ne pas être partisan de la deuxième, sans pouvoir y être hostile. Car toutes les deux, comme nous le verrons plus loin, sont une réponse à une même question : est-ce que la contestation d'un droit exerce une influence sur son existence ?

Enfin, l'unité de la responsabilité civile ne saurait cacher la dualité technique des deux responsabilités. Et pour établir cette dualité, MM. Mazeaud et Tunc font appel, une fois encore, à l'idée de la novation. « Que l'obligation née de l'inexécution du contrat soit logiquement distincte de celle du contrat lui-même, ce n'est pas douteux ; mais on ne saurait oublier qu'entre ces deux obligations existe un lien extrêmement étroit : l'une se substitue à l'autre ; la seconde naît seulement quand la première s'éteint. Il y a là quelque chose susceptible d'être comparé à une novation » (104). A notre avis, l'idée de la novation ne sert point à favoriser un système quelconque de la responsabilité. Elle est concevable dans les trois systèmes envisagés : unité, dualité ou unité du principe et dualité de la technique. Ainsi, Grandmoulin recourt, comme nous l'avons déjà vu, à la novation pour expliquer l'unité complète. On ne saurait donc y recourir pour refuser l'unité complète, en établissant la dualité de la technique. Cette dernière s'explique simplement, en remarquant avec MM. Marty et Raynaud que « l'étendue, la validité, l'efficacité de l'obligation (contractuelle) exercent nécessairement une influence sur le régime de la responsabilité contractuelle » (105). Et c'est la même idée qu'expriment MM. Mazeaud. Nous critiquons seulement leur recours, en l'occurrence, l'idée de la novation.

MM. Marty et Raynaud ne parlent pas explicitement ni de la novation nécessaire, ni de la substitution d'une obligation à une autre. Cependant, ils admettent le principe de l'unité de la responsabilité civile. Celui-ci est, comme nous l'avons déjà remarqué, inconcevable sans recours à la novation. Ainsi, ils admettent la responsabilité contractuelle comme source d'obligation nouvelle. « Le fait

---

de réparation qui s'ouvre quand la première prend fin ». (Idem, p. 53). Selon lui, c'est « le changement de l'objet d'une obligation qui coûte sa vie à celle-ci » (Idem, p. 61). En réalité, le système de MM. Mazeaud est plus cohérent que celui de M. El Kholy, car la novation ne s'opère pas seulement par changement d'objet, mais aussi par changement de cause. La cause de la nouvelle obligation, c'est la faute. Et la faute se réalise dès la violation de l'obligation, sans regarder si l'exécution reste possible ou non.

(103) H., L. Mazeaud et Tunc, *Traité*, op. cit., T. 3, p. 388 ; Adde, L. Mazeaud, *De la distinction des jugements déclaratifs et jugements constitutifs de droits*, in Rev. trim. de dr. civ., 1929, p. 32.

(104) H., L. Mazeaud et Tunc, *Traité*, op. cit., T. 1, p. 107.

(105) G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, op. cit., T. 2, p. 333.

et une nouvelle obligation se substitue à celle-là » (96). « Il y a là, ajoutent-ils, quelque chose susceptible d'être comparé à une novation » (97). Celle-ci s'opère, ici, par changement de cause et d'objet, « car si la première naît de la volonté commune des parties, l'autre existe en dehors d'elles : c'est malgré lui que celui qui n'exécute pas devient débiteur de dommages-intérêts, et le montant de ceux-ci sera déterminé selon des règles légales » (98). La théorie de MM. Mazeaud a suscité le mécontentement de M. H. de la Massuë, qui ne connaît rien, semble-t-il, de la novation nécessaire. Dans son article intitulé « De l'absence de novation dans la résolution de l'obligation contractuelle », il dénonce la thèse de MM. Mazeaud comme « un abus spécieux de l'idée de novation » (99). MM. Mazeaud, qui n'ont pas été, eux-mêmes, influencés par la mémoire de la novation nécessaire en droit romain, et qui n'ont jamais songé non plus à appliquer les règles de la novation volontaire, répondent ainsi à cette critique : « Nous n'entendons pas indiquer ici autre chose qu'un terme de comparaison et ne prétendons nullement qu'il y a novation (volontaire) (100) entre les deux obligations ; c'est ce que n'a pas compris M. Hubert de la Massüe qui a cru nécessaire de critiquer à fond la thèse de la novation (volontaire) (100), en nous l'attribuant » (101). Ainsi, malgré cette critique, les savants auteurs continuent à utiliser le terme de la novation, car il est seul capable d'exprimer leur pensée. Et il s'agit sans doute d'une novation non volontaire. La novation se réalise avant le jugement, et en règle générale au moment de l'inexécution. « Il n'en est autrement que dans les cas exceptionnels où l'article 1146 fait naître le droit à réparation de la mise en demeure, et dans les cas plus exceptionnels encore où ce droit ne naît que d'une mise en demeure sous forme de demande en justice » (102). Dans tous les cas, la nouvelle obligation naît avant le jugement, et même avant la phase correspondant à la litiscontestatio du droit romain. Et nos auteurs n'admettent pas une deuxième nova-

(96) H., L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 5e éd., T. 1, 1957, p. 105.

(97) *Ibid.*, p. 107.

(98) *Ibid.*, p. 105.

(99) Rev. trim. de dr. civ., 1932, p. 483.

(100) La qualité volontaire de la novation est sous-entendue dans la phrase.

(101) H., L. Mazeaud et Tunc, idem, p. 107, note 4.

(102) *Ibid.*, T. 3, 1960, p. 432.

Selon MM. Mazeaud, la novation se réalise même si l'exécution de l'obligation violée reste possible. En ce cas-là, la seconde obligation peut englober la première..., le juge peut en effet l'ordonner au débiteur, en même temps qu'il le condamne à des dommages-intérêts ». (L., H. Mazeaud et Tunc, *Traité*, op. cit., T. 1, p. 107, note 4). Comp. la thèse de M. A. El Kholy, « *La réparation en nature en droit français et en droit égyptien* », op. cit. Cet auteur subordonne l'opération à l'impossibilité de l'exécution de l'obligation contractuelle. « Il y a, dit-il, une période d'exécution volontaire ou forcée, et une période

par une obligation de dommages et intérêts » ([93]). Au contraire, dans la responsabilité délictuelle, la victime n'avait aucun droit avant le jugement, le délit n'est pas une source de droit, car « un fait contraire au Droit » ne crée pas une situation du droit. « C'est à la suite du jugement et seulement à ce moment-là que naît cette situation » ([94]). Le jugement, ici, est constitutif sans novation.

Il est clair de ce qui précède que la novation nécessaire est concevable sans l'unité de la responsabilité ; — le contraire n'est pas vrai — et qu'elle est réalisable par le jugement (Duguit), ou avant lui (Mourlon, Marcadé, Lefebvre, Deschamps, Grandmoulin, Planiol). Ce qui permet de concevoir aussi deux novations successives avant et par le jugement. En effet, il est très possible pour celui qui admet l'une d'admettre l'autre aussi, étant donné la parenté de base.

Il est à remarquer enfin que Duguit a su, il est vrai, se dégager de l'empreinte de certains civilistes. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il est retourné aux idées des Romains.

48. — *LA NOVATION NECESSAIRE ET L'UNITE DU PRINCIPE AVEC LA DUALITE DE LA TECHNIQUE DES DEUX RESPONSABILITES : MAZEAUD, TUNC, MARTY ET RAYNAUD.*

Nous arrivons maintenant à la doctrine française la plus actuelle où le principe de l'unité de la responsabilité civile semble être définitivement acquis. Et nous avons déjà vu que l'unité de la responsabilité est inconcevable sans l'idée de la novation nécessaire (le contraire n'est pas vrai). Selon MM. Mazeaud et Tunc, la responsabilité contractuelle, aussi bien que la responsabilité délictuelle, est une source d'obligation nouvelle. « Si le contrat, disent-ils, est une source d'obligation, l'inexécution du contrat, c'est-à-dire la responsabilité contractuelle, en est donc une autre. Quand un contrat est passé, une première obligation naît : celle, pour chacune des parties, d'exécuter la prestation promise. Lorsque cette obligation n'est pas ou mal remplie, lorsqu'il y a inexécution totale ou partielle du contrat, un nouveau lien de droit se forme : l'obligation pour le débiteur, pour l'auteur du dommage, de réparer le préjudice subi » ([95]). Ainsi, l'article 1302, C. civ. F, concernant la perte de la chose due, « ne serait que l'application de la règle générale suivante : chaque fois que le contrat n'est pas exécuté, l'obligation née du contrat disparaît

(94) L. Duguit, *Traité,* op. cit., T. 2, pp. 485-487.

(95) H., L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile,* 5e éd., T. 1, 1957, p. 105.

du contrat. C'est là l'idée de la novation nécessaire. Celle-ci est l'expression technique du « principe qui remplace l'obligation contractuelle inexécutée par l'obligation de payer des dommages-intérêts » ([89]), même si Planiol ne s'en sert pas.

47. — *LA NOVATION NECESSAIRE ET LA DUALITE DE LA RESPONSABILITE : DUGUIT.*

L. Duguit n'admet pas l'unité de la responsabilité. La responsabilité contractuelle relève de la juridiction subjective, tandis que la responsabilité délictuelle relève de la juridiction objective. Selon lui, il y a juridiction subjective toutes les fois que la question posée est « une question de droit subjectif » ([90]). En revanche, il y a juridiction objective toutes les fois que la question posée est « une question de droit subjectif » ([91]). Dans les deux cas, le jugement est toujours constitutif et créateur. Et L. Duguit se félicite d'avoir su « se dégager complètement de l'empreinte civiliste » ([92]). Avant ce dégagement, Duguit admettait dans son ouvrage, « L'Etat et le droit objectif » (1901), l'idée selon lui fausse de la déclarativité du jugement. Cependant, il y a une distinction à faire. Dans la juridiction subjective, le jugement est constitutif par novation. Tandis que dans la juridiction objective, le jugement est constitutif sans novation. La raison en est simple. Par définition, la juridiction subjective suppose la préexistence d'une situation subjective. Ainsi, la situation subjective créée par le jugement se substitue à celle-là. Par définition aussi, la juridiction objective suppose l'inexistence de toute situation subjective. Le juge est appelé à résoudre une question de droit objectif. La situation créée par le jugement en ce cas-là ne saurait remplacer aucune situation subjective qui n'existe point. Le jugement serait constitutif sans être novateur.

Il en résulte que le jugement dans la responsabilité contractuelle est constitutif par novation. « C'est un acte juridique nouveau, dit Duguit, qui vient se substituer à l'ancien. Il y a longtemps qu'on a parlé de la novation créée par le jugement. La situation juridique nouvelle n'a pas toujours le même objet que l'ancienne ; par exemple, il y avait une obligation de faire, elle est remplacée

---

(90) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., T. 2, p. 459. Malgré son attaque contre le droit subjectif, Duguit n'a jamais réussi de s'en passer.

(91) *Ibid.*, T. 2, p. 475.

(92) *Ibid.*, T. 2, p. 438.

(93) L. Duguit, *Traité*, op. cit., T. 2, p. 461. Il est à remarquer que la responsabilité contractuelle est une des hypothèses de la juridiction subjective. Cependant, toutes ces hypothèses impliquent la novation par le jugement.

à titre de comparaison, en sont la preuve. Pourtant, c'est la novation nécessaire que explique techniquement tout le système.

46. — *LA NOVATION NECESSAIRE ET L'UNITE DE LA FAUTE : PLANIOL.*

Dans un de ses commentaires, Planiol rend hommage aux partisans de l'unité de la responsabilité et surtout à Grandmoulin. Leur théorie, selon lui, « part d'une observation dont l'exactitude ne peut guère être contestée » ([86]). Dès lors, la théorie de l'unité acquiert la haute autorité de Planiol. Avec lui, elle se précise et gagne du terrain. Nul n'ignore sa célèbre définition de la faute. « La faute est un manquement à une obligation préexistante ». Que cette obligation soit contractuelle ou légale, la faute ne change pas de nature. Ainsi, Planiol énonce « l'unité de la faute ». « La nature de l'obligation violée, dit-il, reste sans influence sur la faute » ([87]). La faute est toujours une source d'obligation. C'est sous le titre de la « création d'une obligation nouvelle » qu'il étudie ses effets. « Quand la faute est dommageable, dit-il, elle produit à la charge de son auteur une obligation d'indemniser la victime. Cette obligation de payer des dommages-intérêts est, en matière civile, la sanction nécessaire de toutes les obligations légales, aussi bien que de toutes les obligations conventionnelles. La faute est donc un fait productif d'une obligation nouvelle. Et Planiol n'oublie pas de faire « la distinction de l'obligation née de la faute et de l'obligation antérieure à la faute. L'obligation née de la faute, ajoute-t-il, a pour objet la réparation du dommage causé. Cette obligation est entièrement distincte de l'obligation antérieure dont la faute a été la violation ; elle n'a pas le même objet. L'obligation primitive pouvoir avoir un objet quelconque : une dation, un fait, une abstention ; l'obligation née de la faute a toujours pour objet la réparation (ordinairement pécuniaire) de la lésion causée à autrui par l'inexécution de l'objet dû » ([88]). Il y a donc deux obligations qui sont « entièrement distinctes », comme le dit Planiol : l'obligation contractuelle violée et l'obligation de réparation. Et il va sans dire que les deux obligations ne coexistent pas ensemble, mais elles se succèdent. L'obligation nouvelle née de la faute se substitue à l'obligation ancienne née

(86) Note sur C. de Paris du 8 fév. 1896, D. 1896, 2, 457.

(87) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, 1912, N° 877, p. 287. Adde, N° 890, p. 293.

(88) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, 1912, N° 891, p. 293.

(89) M. Planiol, *Classification des sources des obligations*, in Rev. crit., 1904, p. 231.

45. — *LA NOVATION NECESSAIRE ET L'UNITE DE LA RESPONSABILITE CIVILE : LEFEBVRE, DESCHAMPS ET GRANDMOULIN.*

Pour admettre la novation nécessaire en matière de responsabilité contractuelle, il n'est pas nécessaire d'admettre l'unité de la responsabilité civile. L'obligation de réparation qui se substitue à l'obligation contractuelle inexécutée sera, elle aussi, contractuelle. Mais le contraire n'est pas vrai. Pour admettre l'unité de la responsabilité, il faut recourir à l'idée de la novation. L'unité de la responsabilité civile repose sur l'idée suivante : l'inexécution imputable de l'obligation contractuelle éteint celle-ci et en fait naître une nouvelle. Celle-ci sera nécessairement délictuelle dont la source est la faute du débiteur. « Toute faute, dit Lefebvre, est délictuelle, la faute contractuelle n'existe pas » (81). La novation s'opère ici par changement de cause et par changement d'objet. La source de l'obligation ancienne, c'est le contrat ; la source de l'obligation nouvelle, c'est la faute prévue par l'article 1382 du Code Napoléon. « La source de l'obligation de réparer, dit Deschamps, n'est et ne peut jamais être qu'un dol ou une faute » (82). « La responsabilité est nécessairement délictuelle » (83). C'est le principe de l'unité de la responsabilité civile.

La novation nécessaire s'opère aussi par changement d'objet. Et c'est peut-être le changement d'objet qui avait attiré l'attention des partisans de l'unité sur le principe même. Or, la responsabilité implique l'impossibilité d'objet de l'obligation contractuelle. Et c'est cette impossibilité qui éteint cette obligation et fait naître l'obligation de réparation, dont l'objet est les dommages-intérêts. « Si le changement d'objet, affirme Grandmoulin, n'entraîne pas changement d'obligation, la novation par changement d'objet n'est plus une novation » (84). Différente par sa cause et par son objet, l'obligation nouvelle garde, cependant, les sûretés et les accessoires de l'obligation ancienne. « Il en est ainsi dans la novation (1278), dit Grandmoulin » (85). Il est à remarquer que Grandmoulin ne connaît pas la novation nécessaire. Ses références à la novation volontaire,

---

(81) M.-A. Lefebvre, *De la responsabilité*, Rev. crit., 1886, p. 494.

(82) M. A. Deschamps, *Le dol et la faute des incapables dans les contrats*, in Rev. crit., 1890, p. 277.

(83) M. A. Lefebvre, *De la Responsabilité*, Rev. crit., 1886, p. 485.

(84) J. Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité*. Thèse, Rennes, 1892, p. 11.

(85) Grandmoulin, idem, p. 16.

dès le début que le problème ne se pose guère dans la doctrine égyptienne (77).

44. — *LA NOVATION NECESSAIRE CHEZ MOURLIN ET MARCADE.*

Ces deux auteurs peuvent être considérés comme les pionniers, pour ainsi, dire, de la novation nécessaire en matière de responsabilité contractuelle. Si l'extinction de l'obligation, prévue par l'article 1302 du Code Napoléon, à cause de la perte de la chose due, concerne seulement la perte non imputable au débiteur, les deux auteurs étendent la même solution au cas de la perte imputable. Seulement, dans ce dernier cas, l'obligation éteinte sera remplacée par une nouvelle obligation, celle de réparer le dommage. Si « la chose a péri, dit Mourlon, par le fait ou la faute du débiteur soit avant, soit après sa demeure, l'obligation est éteinte, mais une autre obligation lui succède : l'obligation d'indemniser le créancier de la perte de sa créance. L'ancienne obligation se trouve ainsi transformée en une obligation de payer des dommages-intérêts » (78).

Marcadé s'exprime de même. « Toutes les fois, dit-il, que mon obligation avait pour objet une chose individuellement déterminée et qu'il est survenu un événement qui me met dans l'impossibilité absolue de vous le livrer, il est clair que par cela seul, et sans même qu'il y ait à considérer si cet événement peut ou non m'être imputé, il y a, par la force même des choses, extinction de mon obligation. Seulement, si l'événement qui rend l'exécution impossible m'est imputable, ma dette de corps certain sera remplacée par une dette de dommages-intérêts ; tandis que, dans le cas contraire, je serai libéré purement et simplement » (79). Quant aux sûretés et aux accessoires de la première obligation, ils « adhèrent, selon Mourlon, de plein droit à celle qui la remplace » (80). Les deux auteurs envisagent seulement la novation de l'obligation dont l'objet est un corps certain. Pourtant, la logique de leur théorie exige d'étendre la même solution à tous les cas de l'impossibilité de l'exécution, abstraction faite de l'objet de l'obligation : donner, faire, ou ne pas faire ; ce qui sera l'opinion d'autres auteurs.

---

(77) A notre connaissance, les seuls auteurs qui lui font allusion sont A. El Kholy, *La réparation en nature en droit français et en droit égyptien*, Thèse Paris, pp. 53, 54, 61, 62 ; I. Ghanem, *Les effets de l'obligation*, 1956, p. 41, note 1.

(78) F. Mourlon, *Code Napoléon*, T. 2, Paris, 1866, N° 1471, p. 758.

(79) V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, T. 4, Paris, 1866, N° 863, p. 669.

(80) Mourlon, *Code Napoléon*, N° 1476, p. 758.

DEUXIEME SECTION

LA NOVATION NECESSAIRE EN MATIERE DE RESPONSABILITE CIVILE EN DROIT MODERNE

L'étude de la novation nécessaire en droit moderne est fort intéressante, car malgré l'inexistence de tout lien historique entre elle et la novation nécessaire de droit romain, elles ne diffèrent en rien l'une de l'autre. Elles ont en commun cette idée que le litige éteint le droit et en fait naître un nouveau. D'autre part, l'idée de la novation nécessaire en droit moderne est partagée par des auteurs appartenant aux tendances juridiques très différentes l'une de l'autre (Planiol, Duguit, Kelsen, Mazeaud, entre autres). Or, sa renaissance spontanée, l'accord des esprits dissemblables sur son idée obligent à se demander si elle ne répond pas à une certaine logique.

Nous étudierons successivement la novation dans la responsabilité contractuelle et dans la responsabilité délictuelle.

Sous-section I

LA NOVATION NECESSAIRE EN MATIERE DE RESPONSABILITE CONTRACTUELLE EN DROIT MODERNE

La novation nécessaire est à la base des théories doctrinales et jurisprudentielles les plus importantes concernant la responsabilité contractuelle. Ces théories s'accordent sur le fait que la responsabilité engendre l'obligation de réparer le dommage subi. Cette obligation est une obligation nouvelle qui se substitue à l'obligation ancienne née du contrat. Cependant, ces théories ne s'accordent pas sur le moment de la substitution : l'inexécution de l'obligation contractuelle, la mise en demeure, la demande en justice, ou le jugement. D'ailleurs, on ne s'accorde pas non plus sur la justification de cette substitution. Nous allons maintenant étudier ces diverses théories en observant l'ordre chronologique. Mais on remarque

maliste, la novation contractuelle l'était elle aussi. Avec le consensualisme, la novation contractuelle est redevenue, elle aussi, consensualiste. Ce qu'en exprime Merlin en disant « que les principes sur la novation, que l'on trouve dans le droit romain, étaient, suivant les Romains mêmes, une suite de leurs lois civiles » (75).

Aussi, il est certain que tous les jugements sous la procédure formulaire en droit romain étaient novateurs, constitutifs, et sources des obligations. L'imperium du magistrat n'a rien à voir avec l'idée du jugement constitutif. L'imperium du magistrat est une pure question des sources du droit objectif. L'idée du jugement constitutif est donc concevable sans aucun recours à la notion du pouvoir prétorien. Permettons-nous de rappeler l'importance de cette remarque.

Merlin n'est donc pas l'inventeur de la technique du jugement constitutif comme la chose est répandue. D'ailleurs la catégorie des jugements constitutifs chez Merlin concerne seulement ceux « rendus en matière d'état » (76), sans s'étendre aux obligations. De plus, l'idée du jugement constitutif chez Merlin ne se justifie naturellement pas par l'idée d'une novation judiciaire réfutée par lui. Ainsi, la position de Merlin et les conséquences qui en ont résulté montrent que la notion du jugement constitutif est prête, elle aussi, à plusieurs acceptions.

Enfin, l'idée de la novation nécessaire est, elle aussi, changeante et évolutive. Et si la notion romaine est controversée en droit moderne, celui-ci connaît d'autres formes de la novation nécessaire en matière de responsabilité civile, contractuelle et délictuelle, ce que nous étudierons dans la deuxième section.

*
**

---

(75) MERLIN, *Répertoire*, 5e éd., op. cit., T. II, Vo Novation.

(76) MERLIN, *Répertoire*, op. cit., Vo Questions d'état. Il est à remarquer que Merlin oppose les jugements constitutifs rendus en matière d'état aux jugements déclaratifs rendus, eux aussi, en matière d'état. La distinction de Merlin n'est donc point générale (ibid.).

novatoire du jugement, on peut citer Japiot. Celui-ci avertit cependant « qu'on ne doit pas croire que le jugement » « produise tous les effets d'une novation ». La novation judiciaire, « loin d'éteindre l'ancienne obligation avec les accessoires qui y étaient attachés, elle la confirme et la corrobore » ([68]).

A l'encontre des auteurs qui adoptent la novation judiciaire sous la forme plus ou moins romaine, il y a une autre tendance qui récuse clairement la novation judiciaire. Ainsi, Merlin déclare qu' « on n'a point songé à en appliquer les principes à nos mœurs » ([69]).

De même, la Cour de cassation française affirme qu'un « jugement ou une transaction, fixant à une certaine somme le montant de diverses créances antérieures, loin d'opérer novation de ces créances, a pour effet, au contraire, d'en reconnaître et d'en confirmer l'existence » ([70]).

Aussi Glasson, Morel et Tissier se déclarent ennemis de la novation judiciaire. L'idée de la litiscontestatio, dit Glasson, « n'a pas passé dans le Code de procédure » ([71]). Quant au jugement, il n'opère « aucune novation » ([72]). De même, Garsonnet et Cézar-Bru dénoncent l'idée de la novation judiciaire comme « factice et arbitraire » ([73]). En effet, cette tendance semble dominer maintenant la doctrine, comme le remarque M. P. Raynaud ([74]).

43. — *CONCLUSION.*

L'évolution de la novation au cours de l'histoire nous montre clairement que celle-ci n'est autre chose que la substitution d'une obligation à une autre. Ni les conditions de sa réalisation (accord des volontés, loi, jugement, etc...), ni ses effets (extinction des sûretés et des accessoires, etc...), ne relèvent de sa définition même. D'autre part, l'évolution de la novation est subordonnée à l'évolution générale de la théorie des obligations. Quand le droit romain était for-

---

(68) R. Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3e éd., 1935, p. 439.

(69) Merlin, *Répertoire*, op. cit., T. II, V° Novation.

(70) Cass. req., 26 avril 1880, S, 81, 1, 152.

(71) E. Glasson, *Les sources de la procédure française*, op. cit., p. 88.

(72) E. Glasson, R. Morel et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3e éd., T. 3, 1929, p. 87.

(73) E. Garsonnet et Ch. Cézar-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3e éd., T. 3, 1913, p. 482.

(74) R. Raynaud, *La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs*, in Etudes de droit contemporain, T. 2, 1959, p. 378.

espèce de novation spéciale qui, tout en conservant l'obligation première et ses accessoires, y ajoute, pour l'améliorer, une obligation nouvelle et un nouveau titre » (60). Il considère aussi que « la source d'où dérive l'autorité de la chose jugée », c'est « le contrat judiciaire », ou la « litiscontestatio » (61). En réalité, malgré sa réclamation du droit romain, Demolombe n'en est pas l'interprète fidèle.

De même, Aubry et Rau admettent l'effet novatoire du jugement. « Les jugements, affirment-ils, qui déclarent l'existence d'une créance ou d'une obligation, opèrent novation en ce sens que, pour l'avenir, la chose jugée tient lieu de cause à l'obligation. Cette novation a cela de particulier qu'elle ne produit pas l'effet d'un paiement et que loin d'éteindre l'ancienne obligation avec les accessoires qui y étaient attachés, elle la confirme au contraire et la corrobore » (62). Au contraire, ils n'admettent pas l'effet novatoire de la litiscontestatio (63).

Aubry et Rau partagent donc, avec Larombière et Demolombe, l'idée d'une novation sans extinction de l'ancienne obligation.

A leur tour, les publicistes ont fait un bon accueil des principes romains. Ainsi, M. Hauriou fait entrer la litiscontestatio dans la définition même du contentieux. « Nous constatons, dit-il, que les solutions n'ont pas varié depuis les legis actiones ». Et « il existe toujours un moment qui correspond à la litiscontestatio ». « Ce moment est celui de la mise en état ou du dépôt des conclusions » (64). Cependant, Hauriou ne fait aucune allusion à l'effet novatoire de la litiscontestatio, ce qui ne permet pas de s'assurer de son avis à cet égard. En revanche, L. Duguit admet clairement « la novation créée par le jugement » (65), comme nous verrons un peu plus loin. De même, M. R. Guillien reconnaît l'effet novatoire du jugement. Cependant, il n'admet pas l'extinction de l'ancienne obligation. « Il est bien difficile, dit-il, de justifier la disparition de la première créance... L'effet novatoire des jugements consiste seulement en ce qu'un nouvel état de droit résultant de l'acte condition et relatif aux sanctions est né » (66). M. Guillien rejoint donc Larombière, Demolombe, Aubry et Rau, mais à l'encontre de ceux-ci il est conscient de la différence de sa conception de la novation de celle des Romains (67). Parmi les processualistes qui reconnaissent l'effet

---

(60) G. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, T. 30, 1879, p. 362.
(61) *Ibid.*, pp. 257, 259.
(62) G. Aubry et G. Rau, *Cours de droit civil français*, 4e éd., T. 8, 1879, p. 400.
(63) *Ibid.*, T. 4, p. 211, note 1.
(64) M. Hauriou, *Les éléments du contentieux*, in Recueil de législation de Toulouse, 1905, pp. 51-52.
(65) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., T. 2, p. 461.
(66) Raymond Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*. Thèse, Bordeaux, 1931, p. 167.
(67) *Ibid.*, p. 167.

que la condition suspensive dont dépend l'exécution de la litiscontestatio. Ainsi, Proudhon ne conçoit qu'une seule novation, celle de la litiscontestatio. « Il se fait, dit-il, par ce compromis, une espèce de novation dans les obligations des parties, en ce que le jugement qui intervient sur leurs différends, et dont elles sont censées avoir promis l'exécution, remplace tous autres titres » (54). En effet, malgré son effort de se conformer au droit romain, Proudhon ne s'accorde pas parfaitement ni avec le système de la procédure formulaire qui établit deux novations successives, ni avec celui de Justinien, qui admet seulement la novation par jugement. D'ailleurs, la notion de convention et celle de condition sont très mal utilisées par lui. En revanche, Rauter admet les deux novations successives. « Si l'objet de la demande, dit-il, est l'accomplissement d'une convention, la contestation en cause forme entre les parties une novation cumulative » (55). De même, le jugement définitif produit « entre les parties l'action judicati et l'exception rei judicatæ (en consommant la novation cumulative, opérée par le contrat judiciaire) » (56). Et Rauter se voit interpréter le droit romain dans sa dernière étape (57).

Larombière admet seulement la novation nécessaire par jugement. Celui-ci « passé en force de chose jugée, dit-il, opère novation dans le droit ou l'obligation dont il déclare l'existence. Un droit et un engagement nouveaux se substituent à ceux qui sont ainsi reconnue » (58). Larombière se réfère toujours aux textes romains. Cependant, il en a tiré des conclusions douteuses. « Mais, cette novation, ajoute-t-il, ne ressemble point à celle des articles 1271 et suivants. Elle ne produit point l'extinction de l'obligation ; loin de là, elle la confirme. Car, dit Paul, en exerçant une action en justice, nous ne faisons pas notre condition pire, mais nous la faisons meilleure » (59). En réalité, l'extinction de l'ancienne obligation relève de l'essence même de la novation. D'ailleurs, l'effet extinctif du jugement est expressément déclaré par Gaïus (Inst., 3, 180). Le texte de Paul concerne seulement les sûretés et les accessoires, et non pas l'obligation elle-même. Or, comment conçoit-on une novation sans extinction de l'ancienne obligation ?

Demolombe s'exprime de même : « La doctrine romaine, affirme-t-il, est toujours vraie en ce sens ; et nous pouvons dire également que la chose jugée opère aussi, dans la doctrine française, cette

(54) *Ibid.*, p. 270.

(55) Rauter, *Cours de procédure civile française*, Paris, 1834, p. 121.

(56) *Ibid.*, p. 153.

(57) *Ibid.*, p. 120, note D.

(58) M.-L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, T. 5, Paris, 1857, p. 323.

(59) *Ibid.*, p. 323.

Nous allons étudier maintenant l'influence des principes romains sur le droit moderne.

42. — *L'INFLUENCE DE LA NOVATION NECESSAIRE EN DROIT ROMAIN SUR LE DROIT MODERNE.*

Nous nous rappelons que la litiscontestatio avait vraisemblablement perdu, sous Justinien, son effet novatoire. Il n'y avait plus deux novations successives, mais seulement une, celle du jugement. Les formalités correspondant à la litiscontestatio existaient encore dans la procédure canonique, et aussi au moyen âge, sans avoir d'effet novatoire, semble-t-il (47). La désuétude de la novation par la litiscontestatio n'empêchait pas, cependant, Cujas d'affirmer que celle-ci « opère une obligation nouvelle » (48). Et on n'est pas sûr de la valeur d'une telle affirmation. Au contraire, la position de Pothier est décisive. « Nous ne dirons rien, affirme-t-il, de celle (la novation) qui résultait ex-litiscontestatione, les principes de droit romain, à cet égard, n'étant plus d'usage parmi nous » (49). Quant au jugement, Pothier traite l'autorité de la chose jugé avec les causes d'extinction des obligations, sans faire aucune allusion à son effet novatoire (50). Les codes modernes n'ont rien dit, ni pour, ni contre la novation nécessaire. Le silence des codes a donné lieu à beaucoup de controverses entre les juristes. Quelques-uns continuent à se réclamer des principes romains, sans arriver cependant à s'y conformer justement. D'autres récusent cette tendance et réfutent toute idée de novation judiciaire.

Ainsi, Proudhon fait reposer toute la procédure civile sur la litiscontestatio (51). Celle-ci représente, selon lui, « une convention tacite et synallagmatique », qu'il nomme le « compromis judiciaire », « Un des caractères particuliers de cette convention, dit-il, c'est qu'elle est forcée et qu'elle l'est légalement » (52). Cette prétendue convention est « conditionnelle dans son principe ». Son exécution dépend d'un jugement définitif (53). Le jugement n'est donc

---

(47) E. Glasson, *Les sources de la procédure française*, op. cit., 1882, pp. 86-88.

(48) Cité par Proudhon, *Traité d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, T. 3, 1824, p. 270.

(49) Pothier, *Traité des obligations*, 3, 2.

(50) *Ibid.*, 3, 8.

(51) Proudhon, *Traité d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, op. cit., p. 273.

(52) *Ibid.*, pp. 271, 276.

(53) *Ibid.*, p. 273.

en jugement. On perd le privilège de la dot et de la tutelle si, après le divorce, on stipule la dot, ou qu'après la puberté on innove l'action de tutelle, si telle a été l'intention ; ce que personne n'a dit de la litisconstitutio. *Car en exerçant nos actions, nous ne rendons pas notre cause plus mauvaise, mais meilleure ;* comme l'on a coutume de le dire à l'égard des actions qui peuvent finir par le temps ou par la mort » (44). Selon ce texte combiné avec d'autres, on dégage les distinctions suivantes, en remarquant que les choses ont évolué et pour la novation nécessaire et pour la novation volontaire.

1) Dans l'époque classique, la novation contractuelle s'opère par un contrat formel. Sous Justinien, c'est l'animus novandi qui la caractérise. A en croire Cornil, « la transformation des conditions de la novation, par suite de l'exigence nouvelle de l'animus novandi, est parallèle à une transformation bien connue du caractère de la stipulation » elle-même. Celle-ci est devenue un contrat consensuel (45). En revanche, la novation nécessaire relève d'une nécessité du droit objectif.

2) Comme nous l'avons déjà vu, la règle concernant l'identité d'objet, ou son changement, n'était pas la même pour les deux sortes de novation, ni à l'époque classique, ni sous Justinien. A en croire Cornil aussi, la condition d'idem debitum dans la novation contractuelle a été remplacée sous Justinien par la condition de l'animus novandi (46).

3) La novation nécessaire n'éteint pas les privilèges, les droits de gage et l'hypothèque qui garantissent le droit déduit en justice (46, 2, 29). Et il en n'en va pas de même pour la novation contractuelle (D. 46, 2, 18).

4) La novation nécessaire à l'encontre de la novation contractuelle n'arrête pas le cours des intérêts (D. 22, 1, 35 ; D. 46, 2, 18).

5) La novation nécessaire rend transmissibles et perpétuels les droits personnels ou temporaires (D. 46, 2, 29).

6) A l'encontre de la novation volontaire, la novation nécessaire n'éteint pas la clause pénale attachée à l'ancienne obligation (D. 45, 1, 90).

La poursuite judiciaire ne saurait donc empirer la position du créancier obligé d'y recourir.

---

(44) Dig. 46, 2, 29.

(45) G. Cornil, *Cause et conséquence de l'apparition tardive de l'animus novandi,* op. cit., pp. 106, 112, 113.

(46) *Ibid.,* p. 111.

Mais si la litiscontestatio ne produit plus le même effet novatoire, le jugement n'en reste pas moins novateur et constitutif. Aucun texte n'exclut l'effet novatoire du jugement, sous Justinien. Tout au contraire, l'empereur confirme le droit précédent en disant : « Novatur judicati actione prior contractus » (40). Cependant, il faut admettre maintenant que l'effet novatoire ne signifie autre chose que l'autorité de la chose jugée. Au cours de l'évolution du droit romain, la novation judiciaire était le pendant de la chose jugée. Sous Justinien, il n'y a lieu à aucune distinction entre l'une et l'autre. Novation par jugement et chose jugée sont une et seule chose.

41. — *LA DIFFERENCE ENTRE LA NOVATION VOLONTAIRE ET LA NOVATION NECESSAIRE.*

Les textes romains révèlent quelques différences entre les deux sortes de novation. En s'appuyant sur ces différences, certains auteurs ont essayé de nier complètement la novation nécessaire. En effet, ces essais ne méritent pas d'être discutés, étant donné la clarté des textes. « Et, c'est tomber, affirme De Keller, dans une véritable pétition de principe, que de faire entrer d'abord dans la notion de la novation tous les signes distinctifs de la novation voluntaria et d'en tirer des conséquences contre la novation necessaria » (41).

Tout d'abord, nous écartons une distinction signalée par Accarias. Une distinction « un peu subtile, je le reconnais », dit-il, selon laquelle, dans la novation volontaire, « l'extinction de l'obligation primitive a pour condition la création de l'obligation nouvelle, au lieu que dans la litiscontestatio c'est l'extinction du droit antérieur qui est la condition de la naissance du droit nouveau » (42). La distinction n'est pas seulement subtile, mais elle est contredite aussi par les textes. Justinien nous enseigne que dans la novation contractuelle... », quoique la seconde obligation n'ait aucun effet, la première est cependant éteinte... » (43). Il vaudrait mieux dire que pour la novation parfaite, soit volontaire, soit nécessaire, la règle est la même : l'extinction de l'ancienne obligation est la condition de la création de la nouvelle obligation et vice versa.

Les vraies différences sont, en effet, signalées par Paul dans un texte très important. « Beaucoup d'exemples, dit-il, montrent la différence qu'il y a entre la novation volontaire et celle qui est faite

(40) C. 7, 54, 3, PR.

(41) DE KELLER, *De la procédure civile*, op. cit., p. 257, note 708.

(42) ACCARIAS, *Droit romain*, op. cit., T. 3, p. 734.

(43) Inst. 3, 30, 3 ; Adde, Gaïus, 3, 176.

40. — *LA NOVATION NECESSAIRE SOUS LA PROCEDURE EXTRAORDINAIRE.*

On admet que l'effet novatoire de la litiscontestatio a été atténué, sinon effacé, sous la procédure extraordinaire. Cependant, il ne faut pas croire que ce changement date de l'instauration de celle-là. D'ailleurs, il n'y a pas de textes portant directement sur la matière. La conclusion des interprètes est déduite d'autres textes promulgués, vraisemblablement sous Justinien même, et concernant d'autres matières. Tout d'abord, la litiscontestatio n'a plus l'effet extinctif. Le droit déduit en justice ne s'épuise plus par la litiscontestatio. Et en voici la preuve :

Dans l'époque classique, la poursuite judiciaire contre le débiteur principal éteint le droit du créancier qui ne pourra plus poursuivre les cautions en cas de l'insolvabilité de celui-là. Au contraire, sous Justinien, le créancier pourra, en pareil cas, agir contre les cautions jusqu'au paiement intégral [36]. On en déduit que la litiscontestatio n'a plus l'effet extinctif du droit déduit en justice.

D'autre part, la litiscontestatio n'a plus l'effet créateur, dit-on. La preuve en est que la condamnation porte maintenant sur la chose demandée elle-même, et non pas sur son estimation pécuniaire [37]. En réalité, la conclusion, ici, est un peu forcée, car ni l'identité d'objet, ni son changement, ne relèvent de l'essence même de la novation. Ainsi, à l'époque classique, l'identité d'objet était l'une des conditions de la novation contractuelle. Sosu Justinien, on admet la novation contractuelle par changement d'objet [38]. De même, si la novation nécessaire impliquait sous la procédure formulaire un changement d'objet, l'identité d'objet sous Justinien ne saurait exclure toute idée de novation pour cette raison seule. Surtout, si l'on remarque que la novation par la litiscontestatio est due principalement au changement de cause (Gaïus, 3, 180), et non pas au changement d'objet.

Ainsi, l'absence du texte décisif sur l'effacement de l'effet novatoire de la litiscontestatio permet de conclure, avec Ortolan et Labbé, que l'idée selon laquelle « le droit déduit en justice s'épuise, se transforme, se renouvelle, n'a jamais été complètement abandonnée » ; il s'agit, ajoutent-ils, d'un « tempérament notable apporté à la rigueur de l'ancien principe, sans en être le renversement » [39].

---

(36) C. 8, 40 (41), 28.

(37) D. 6, 1, 68.

(38) C. 8, 41 (42), 8.

(39) J. ORTOLAN et J.-E. LABBÉ, *Explication historique des institutes de l'empereur Justinien*, op. cit., L. 2, p. 914.

Faute de ces conditions, l'effet extinctif se produit aussi, mais cette fois par l'aide d'une exception [32].

On a essayé quelquefois de justifier cette distinction. Cependant, il faut admettre avec Giffard qu'elle « ne repose pas sur des raisons logiques de principe » [33]. D'ailleurs, Gaïus remarque qu'il n'en allait pas de même sous la procédure de la legis actio, où l'effet extinctif de la litiscontestatio se produisait dans tous les cas ipso jure [34].

Quant à son effet créateur, la litiscontestatio produit toujours et sans distinction un droit nouveau. Celui-ci est le même quelle que soit la nature du droit précédent déduit en justice (réel ou personnel). Ce droit a les caractères suivants ;

1) Il est toujours un droit de créance. Si le droit déduit en justice est un droit réel, il se transforme en droit de créance. Le droit réel ne permet pas de suivre la chose. Ainsi la distinction entre droit réel et personnel est atténuée à cause de l'effet novatoire de la litisconstitutio.

2) Le droit nouveau est toujours un droit pécuniaire ; même si le droit déduit en justice est un droit de créance, il se transformera en droit pécuniaire s'il ne l'était pas [35].

3) Le droit nouveau est toujours conditionnel. Le défendeur serait obligé à payer l'estimation pécuniaire si les conditions fixées par la formule se trouvent vérifiées.

Par ses effets extinctifs et constitutifs, la litiscontestatio opère une novation du droit déduit en justice. C'est la novation nécessaire ou judiciaire.

Le jugement opère à son tour une nouvelle novation du droit de créance née de la litiscontestatio (Gaïus, 3, 180). Le droit né du jugement est lui aussi un droit de créance.

---

(32) Gaïus, *Inst.*, 4, 106 ; 4, 107.

(33) Giffard, *Précis de droit romain*, op. cit., T. 1, p. 124.

(34) Gaïus, *Inst.*, 4, 108.

(35) Ainsi, affirme Gaïus, « dans toutes les formules qui comportent un dispositif, celui-ci tend à une estimation en argent. Ainsi, même si nous réclamons un objet corporel, tel qu'un bien-fonds, un homme, un vêtement, de l'or, de l'argent, le juge ne condamne pas le défendeur à la chose même comme c'était l'usage jadis, mais, après estimation de la chose, prononce une condamnation pécuniaire ». (Inst. 4, 48) ; Adde, Just. Inst. 3, 29, 5. Le droit, né de la litiscontestatio, comme celui né du jugement, sont tous les deux des droits pécuniaires, avec cette différence que le premier est conditionnel.

et avant qu'il ait entendu leurs avocats [29]. Et il est à remarquer que les effets de la listicontestatio n'étaient pas les mêmes sous les trois systèmes de la procédure romaine.

39. — *LA NOVATION NECESSAIRE SOUS LA PROCEDURE FORMULAIRE* [30].

Sous la procédure formulaire, l'effet le plus important de la litiscontestatio, c'est la novation du droit déduit en justice. « L'obligation, dit Gaïus, est encore résolue par la litiscontestatio, à la condition que l'action ait été introduite par instance légale. Car alors l'obligation primitive se dissout et le défendeur tombe sous le coup de la litiscontestatio. S'il est condamné, la litiscontestatio terminée, c'est la chose jugée qui va désormais le lier. Et cela, parce qu'il est écrit chez les anciens auteurs : « Avant la litiscontestatio, le débiteur doit s'acquitter ; une fois la litiscontestatio commencée, il doit être condamné ; une fois condamné, il doit exécuter la chose jugée » [31]. En réalité, ce texte de Gaïus est le plus important en la matière. Ainsi, la litiscontestatio produit deux effets, l'un extinctif, et l'autre constitutif.

Selon le premier effet, le droit déduit en justice s'éteint, et se dissout. Bien que le texte précité envisage seulement l'extinction du droit de créance déduit en justice par une instance légale, d'autres textes consacrent l'extinction d'autres droits déduits en justice. Cependant, il y a une distinction à faire entre l'extinction ipso jure, de plein droit et d'une façon absolue, et l'extinction exceptionis ope, au moyen d'une exception.

Pour que l'extinction soit de plein droit, il faut que se réunissent trois conditions :

1) Il faut que l'instance soit légale, c'est-à-dire fondée sur la loi et non pas sur l'imperium du magistrat.

2) Il faut que le droit déduit en justice soit personnel et non pas réel.

3) Il faut que la formule soit rédigée in jus et non pas in factum.

(29) C. 3, 1, 14. Il est à remarquer que ce texte ne traite la litiscontestatio que d'une manière incidente ; Adde, C. 3, 9, 2.

(30) Le manque de textes ne permet pas de consacrer une étude spéciale du problème sous la legis actio.

(31) GAÏUS, *Inst.*, 3, 180.

a gardé la même expression pour désigner une certaine phase de l'instance sur laquelle on attachait des effets très importants. En général, c'est la phase de la clôture de la procédure in jure. La litiscontestatio se rattache certainement à la délivrance de la formule, à sa réception. Mais on n'est pas sûr que ce soit la délivrance de la formule par le magistrat ou demandeur qui constitue la litisconstestatio, ou que ce soit la délivrance par le demandeur ou défendeur qui la constitue. Et il semble que cette dernière hypothèse est préférable. Selon cette dernière hypothèse, la litiscontestatio signifie que le judicium est acceptum. D'où le nom du contrat judiciaire, ou du quasi-contrat judiciaire. Cependant, il ne s'agit pas d'un véritable contrat volontaire, car les parties n'étaient pas libres de ne pas accomplir les formalités de la procédure. Il s'agit d'un acte nécessaire, et c'est là qu'il faut chercher l'origine de la technique — à notre avis critiquée — du contrat forcé. Paul affirme clairement la nature non-volontaire de la listicontestatio (27). Et tous les commentateurs sont d'accord. « Le quasi-contrat, dit Keller, que les Romains voyaient dans la litiscontestatio, se présente donc, sans doute, comme le résultat et comme l'expression naturelle d'une vue d'ensemble de cette dernière, considérée dans son établissement et dans ses effets ; mais nullement cependant comme un reste, comme un vestige d'un véritable contrat qui, primitivement, serait réellement intervenu entre les parties, et qui aurait lui-même, comme tel, donné naissance à tous ces effets » (28). Selon la procédure extraordinaire, il n'y a plus ni double instance (in jure, et in judicio), ni formule. On plaça la litiscontestatio au moment où l'affaire vient d'être exposée contradictoirement par les parties devant le juge,

---

tion nécessaire en droit romain — autre que les textes que nous citerons au fur et à mesure — les ouvrages suivants :

MERLIN, *Répertoire*, V° novation ; M. ZIMMERN, *Traité des actions ou théorie de la procédure privée chez les Romains*, trad. de l'allem. par L. Etienne, Paris, 1843, pp. 551-572 ; L.-B. BONJEAN, *Traité des actions ou exposition historique de l'organisation judiciaire chez les Romains*, 2e éd., 1845, T. 1, pp. 475 et s. ; DE KELLER, *De la procédure civile et des actions chez les Romains*, trad. par Ch. Capmas, Paris, 1870, pp. 267 et s. ; J. ORTOLAN, *Explication historique des institutes de l'empereur Justinien*, 12e éd., 1883 : P.-J.E. LABBÉ, T. 2, pp. 908 et s. ; E. GLASSON, *Les sources de la procédure française*, 1882, pp. 86 et s. ; ACCARIAS, *Droit romain*, T. 3, *Des actions*, pp. 722 et s., pp. 772 et s. ; G. GROSS, *La litiscontestatio en droit romain*, Thèse, Paris, 1881 ; Marie-Auguste GERBAUT, *De la novation*, Thèse, Nancy, 1882 ; A. GIRAUDIN, *De la litiscontestatio*, Thèse, Bordeaux, 1881 ; H. BOUVET, *De la mise en état de l'instance et de ses effets*, Thèse, Paris, 1921 ; G. CORNIL, *Debitum et obligation*, in Mélanges Girard, 1912, pp. 199-263 ; *Cause et conséquences de l'apparition tardive de l'animus novandi*, in Mélanges P. Fournier, 1929, pp. 87-118 ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e éd., 1929, pp. 747 et s., pp. 1072 et s. ; R. MONIER, *Manuel élémentaire du droit romain*, 6e éd., T. 1, 1947, pp. 95, 106, 126, 127, 130, 131, 132, 156, 270, 291 ; A.-E. GIFFARD, *Précis de droit romain*, 1934, Paris, Dalloz, T. 1, pp. 123 et s., pp. 163 et s.

(27) Dig. 46, 2, 29.

(28) DE KELLER, *De la procédure civile*, op. cit., p. 278.

générale des droits réels, mais des sanctions attachées à chaque droit particulier, étant donné le nombre limité de ceux-ci et l'impossibilité généralement admise de leur création conventionnelle. Dira-t-on que l'action réelle en droit moderne est indépendante du droit subjectif ? En réalité, chacun de ces deux problèmes n'a rien à voir avec l'autre.

Le pouvoir créateur du prêteur n'a rien à voir non plus avec le rapport entre l'action et le droit (23). Le pouvoir prétorien est une pure question des sources du droit objectif. Quant au rapport de l'action et le droit subjectif, les actions prétoriennes étaient soumises au même régime des actions civiles, et surtout à la même division des actions en réelles et en personnelles (24).

Nier le droit subjectif en droit romain, c'est nier l'évidence (25). D'autre part, l'affirmation de son existence ne signifie pas l'unité du système romain et le système moderne. D'ailleurs, l'unité n'existe même pas en droit moderne, où les théories sont très différentes les unes des autres.

Nous entendons seulement affirmer que la notion de droit subjectif conçu simplement comme un avoir, un mien ou une appartenance, existe et en droit romain, et en droit moderne, et sert dans les deux systèmes comme le fondement de l'action en justice.

Et nous allons étudier maintenant l'effet de l'instance sur le droit. En réalité, le droit déduit en justice se transforme deux fois successives : une fois par la litiscontestatio, et une autre fois par le jugement.

38. — *LA LITISCONTESTATIO : SA FORME ET SA NATURE.*

D'après son nom, la litiscontestatio est une prise à témoin. Jadis, au moment où les solennités de la legis actio venaient de s'accomplir, les deux parties s'adressaient en ces termes aux personnes présentes : testis estote. D'où le terme litiscontestatio pour marquer que l'organisation du judicium était chose acquise (26). Sous la procédure formulaire, la prise à témoin n'était plus nécessaire. Cependant, on

---

(23) Comp. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 287 et s. — En réalité, la solution du problème en droit romain n'a pas beaucoup d'intérêt pour le système proposé par le doyen Roubier en droit moderne. Et il s'en exprime lui-même clairement (*Ibid.*, p. 288-289).

(24) Dig. 44, 7, 25, 2 ; Just. Inst. 4, 6, 3.

(25) « Nul, dit M. M. Villey, ne peut se passer tout à fait de l'idée du droit subjectif ». (*Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, op. cit., p. 186).

(26) Festus, V° Contestari. Les textes les plus importants en la matière sont ceux de Gaïus (Inst. 3, 180), et de Paul (Dig., 46, 2, 29). Voir, sur la nova-

La dépendance de l'action du droit est telle qu'elle change de nom et de nature selon les qualités intrinsèques de ce droit. Le droit romain classique ne se sert pas, il est vrai, des expressions (jus in re, jus in personam), mais des termes (actio in rem, action in personam). Mais il n'en est pas moins vrai que la division des actions en réelles et personnellese n'est point arbitraires. Les jurisconsultes romains indiquent clairement la raison pour laquelle une action est réelle et une autre est personnelle. L'action est réelle quand « In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, ueluti utendi aut utendi, fruendi, eundi agendi aquamne ducendie uel altius tollendi prospiciendiue » (19). Les expressions romaines sont sûrement plus correctes que certaines expressions modernes. Il est plus juridique de dire j'ai une chose, son usufruit, ou son usage, etc..., que de dire j'en ai le droit de propriété, le droit d'usufruit, ou le droit d'usage, etc... Car le droit est lui-même un avoir, et il serait faux de dire j'ai l'avoir de quelque chose. « Il ne serait pas juste, affirme Kant, de dire que l'on possède un droit sur tel ou tel objet, mais il faudrait dire plutôt qu'on possède cet objet d'une manière purement juridique, car le droit est déjà une possession intellectuelle d'un objet et posséder une possession serait une expression dépourvue de sens » (20).

En revanehe, l'action est personnelle. Quand nous prétendons que quelqu'un est obligé envers nous de donner, de faire, ou d'exécuter une prestation (21). Et c'est là la même idée du droit de créance en droit moderne. Mais il ne faut pas perdre de vue que la différence entre le droit réel et le droit personnel était atténuée pendant la phase de la procédure formulaire à cause de l'effet novatoire de la litiscontestatio, comme nous le verrons plus loin. Le droit réel se transformait toujours en droit de créance.

Il est à remarquer aussi qu'il n'y avait pas, en droit romain, une sanction générale du droit, mais des sanctions attachées à chaque droit particulier. Et cela était vraisemblablement le résultat de l'absence des règles générales concernant la création du droit subjectif, comme celles exprimées par les articles 1134, 1382, c.c. FR. Ainsi, il était nécessaire pour les organes créateurs du droit objectif d'attacher à chaque droit sa propre sanction au moment même de sa création. Et cela n'infirme point la dépendance de l'action du droit subjectif (22). Car en droit moderne même, il n'y a pas une sanction

---

(21) Gaïus Inst., 4, 3 ; Adde, Dig. 44, 7, 25, PR ; Just. Inst., 4, 6, 1.

(20) Kant, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 71.

(21) Gaïus Inst., 4,2 ; Adde, Dig. 44, 7, 25, PR ; Just. Inst., 4, 6, 1.

(22) Comp. P. Roubier, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 6 ; *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, in Arch. de phil., 1957, p. 8 et s. ; *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 7.

laquelle nul n'a aucun droit. C'est seulement « l'engagement de celui-ci qui fait partie de mon avoir » [13]. Selon Kant, aussi, le droit subjectif n'est concevable qu'à l'égard d'autrui [14]. Ainsi, à l'exception des quelques différences légères, surtout l'inobservation de M. J. Dabin de la distinction kantienne entre le mien extérieur et le mien intérieur [15], on peut affirmer la forte ressemblance entre le système de Kant et celui de M. J. Dabin. Pour tous les deux, le droit subjectif se traduit par un mien (meum), un avoir (habere), ou une appartenance (suum). On peut donc définir le droit subjectif comme un rapport qui fait d'une chose la sienne ; le sujet du droit subjectif est celui qui a la possession, la propriété, la puissance, ou la maîtrise de cette chose à l'égard d'autrui.

Cette notion claire et simple du droit subjectif existe-t-elle en droit romain ? Bien sûr. Selon la phrase célèbre d'Ulpien, le droit exige de « rendre à chacun son dû » (Suum cuique tribuere) [16]. C'est là toute la signification du droit subjectif. Peu importe la pauvreté du vocabulaire en la matière. Car la notion est toute simple, il n'est pas besoin de richesse de vocabulaire pour constater son existence. Ainsi, nous croyons pouvoir affirmer que les études de M. M. Villey n'aboutissent point à la négation du droit subjectif en droit romain. Il n'a visé nullement lui-même ce résultat. « Nous ne prétendons pas, bien entendu, affirme-t-il, que les situations de fait exprimées aujourd'hui par le terme de droit subjectif aient été inconnues en droit romain classique » [17]. Les études de M. Villey pourraient aboutir à un autre résultat, tout positif. Auparavant, on interprétait le droit romain à la lumière des théories modernes ; désormais, on interpréterait le droit moderne à la lumière des expressions romaines. Celles-ci, si pauvres qu'elles soient, sont plus significatives que les définitions modernes. Le droit subjectif n'est autre chose qu'un mien (meum) ou un avoir (habere). Et voilà, la pauvreté est quelquefois une vertu.

Son existence affirmée, le droit subjectif était le fondement de l'action. Celle-ci était dépendante de celui-là. Dans un texte aussi célèbre que celui d'Ulpien, Celse affirme que « l'action n'est autre chose que le droit de poursuivre en jugement ce qui vous est dû [18].

---

(13) *Ibid.*, pp. 68-69 ; pp. 88-110.

(14) « Il est clair, dit-il, qu'un homme qui serait tout seul sur la terre ne pourrait proprement avoir ou acquérir comme sien aucun objet extérieur ». (Idem, p. 89).

(15) Selon M. J. Dabin, on a droit subjectif sur sa vie et ses liberté (Idem, p. 91). Comp. P. ROUBIER, *Droit subjectif et situations juridiques*, op. cit., p. 30, note 1 ; pp. 145 et s.

(16) Dig. 1, 1, 10, 1 ; Just. Inst. 1, 1, 3.

(17) M. VILLEY, in Mélanges de Visscher, op. cit., p. 422 ; R.H.D., op. cit., p. 216 ; *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, op. cit., p. 185.

(18) Dig. 44, 7.51. Le même texte est reproduit par Justinien. Inst. 4, 6, PR.

Pour notre part, nous adoptons la définition de Kant, souvent négligée par les juristes qui enseignent seulement la définition de Windscheid et Savigny (pouvoir de volonté), ou celle d'Ihering (intérêt protégé), avec les autres définitions mixtes et dérivées (6). Chose remarquable, le système de Kant est tout à fait analogue à celui proposé par M. J. Dabin sans qu'il existe le moindre lien entre les deux hommes (7). Selon M. J. Dabin, « le droit subjectif, c'est d'abord le sien... une relation d'appartenance entre le sujet et une chose ». De cette appartenance découle le deuxième aspect du droit subjectif, celui de maîtrise, c'est-à-dire la « libre disposition de la chose, objet du droit ». Ainsi, « le droit subjectif se confond avec la liberté ». D'ailleurs, le droit subjectif est concevable seulement à l'égard d'autrui. « Isolé dans son île, Robinson a des biens, mais pas de droits ». Enfin, appartenance signifie propriété. « Les droits subjectifs impliquent tous, d'une certaine manière, propriété » (8).

Selon Kant, le droit « est une possession intellectuelle d'un objet » (9). « Il faut que je sois en possession d'une chose, dit-il, pour pouvoir affirmer qu'elle est mienne » (10). Ainsi, le droit, c'est un rapport qui fait d'une chose « un sien ». Ce rapport, c'est la possession rationnelle, intellectuelle ou juridique de cette chose, et non pas sa possession physique. C'est « un rapport intellectuel entre l'objet et moi, en tant que *je l'ai en ma puissance* » (11). Cette chose doit être extérieure, c'est-à-dire hors de moi. Ainsi, Kant étudie le problème du droit subjectif sous le titre « du mien et du tien extérieurs », « Le mien extérieur, dit-il, est la chose hors de moi... dont on ne peut me ravir l'usage sans me léser » (12). L'objet de droit réel est une « chose corporelle hors de moi ». L'objet du droit personnel est « l'arbitre d'un autre relativement à un fait déterminé (præstatio) ». L'arbitre d'un autre est une chose extérieure, distincte de sa liberté personnelle qui est la sienne intérieure et sur

(6) J. Dabin, *Le droit sujbectif*, Dalloz, Paris, 1952, p. 56-80 ; P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 67-72.

(7) La seule fois où M. J. Dabin fait allusion à Kant, il se réfère à sa définition du Droit, reproduite par Lalande dans son dictionnaire de philosophie, et il en déduit que le droit subjectif serait « inhérent au sujet en dehors de toute dépendance sociale ». (J. Dabin, *Droit subjectif*, op. cit., p. 57). Tout au contraire, Kant affirme qu' « il n'est possible d'avoir quelque chose d'extérieur comme sien que dans un état juridique, sans un pouvoir législatif public, c'est-à-dire dans l'état civil ». (Kant, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 80). De plus, M. J. Dabin ne prétend pas interpréter Kant, et dans une savante réserve affirme-t-il, « autre est d'ailleurs la question de savoir si telle est l'exacte interprétation de la pensée personnelle de Kant ». (*Ibid.*, p. 57, note 6).

(8) J. Dabin, *Droit subjectif*, op. cit., p. 80-105.

(9) Kant, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 71.

(10) Kant, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 68.

(11) C'est Kant qui souligne. Idem, p. 77.

(12) Kant, idem, p. 70. Le mien intérieur, c'est ma liberté. (*Ibid.*, p. 72).

PREMIERE SECTION

LA NOVATION NECESSAIRE EN DROIT ROMAIN ET SON INFLUENCE SUR LE DROIT MODERNE

La novation nécessaire est nommée quelquefois novation judiciaire, car elle s'opère dans la phase judiciaire du litige. En effet, il y avait deux novations nécessaires successives du droit litigieux ; novation par litiscontestation, et novation par jugement. Il importe donc de déterminer tout d'abord le rapport entre le droit subjectif et l'action en droit romain.

37. — *L'ACTION ET LE DROIT SUBJECTIF EN DROIT ROMAIN.*

Sous ce titre, nous voulons affirmer une seule chose, c'est l'existence du droit subjectif en droit romain. En principe, l'action en justice était dépendante d'un droit subjectif préexistant. Une telle affirmation n'est point banale. En effet, les négateurs du droit subjectif en droit moderne en étaient aussi négateurs en droit romain (2). Mais la question a été surtout ouverte par les savants articles de M. M. Villey sur « La notion de droit subjectif et les systèmes du droit romain classique » (3), et « le sens de l'expression « jus in re » du droit romain classique au droit moderne » (4).

Tout d'abord, il ne faut pas perdre de vue que le problème de l'existence du droit subjectif est lié complètement à celui de sa définition. Ainsi, en adoptant une définition curieuse de celui-là, à savoir « une hiérarchie des volontés », L. Duguit a pu facilement nier son existence (5). Le droit subjectif pourrait donc être nié ou affirmé selon la définition qu'on lui donne. Quelle serait cette définition ?

---

(2) L. Duguit, *Traité du droit constitutionnel*, op. cit., T. 2, p. 434

(3) In Revue historique du droit, 1947, p. 201 et s.

(4) In Mélanges de Vissher, 1949, p. 417 et s. ; Adde, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, op. cit., p. 156-164 ; p. 167-188.

(5) L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé*, op. cit., p. 12.

par le Code Napoléon, la novation nécessaire n'a jamais disparu. Au cours des XIX[e] et du XX[e] siècle, la notion d'une novation nécessaire était à la base des plus importantes théories doctrinales et jurisprudentielles en matière de responsabilité civile, contractuelle et délictuelle. Ainsi, nous ne sommes pas les premiers à affirmer l'idée d'une novation nécessaire. Tout au contraire, il s'agit pour nous de limiter le champ d'application de celle-ci en éliminant tous les cas où la substitution d'une obligation à une autre ne paraît pas évidente.

Dans ce chapitre, nous étudierons l'influence du litige sur le droit. Selon des théories romaines et modernes, le litige éteint le droit et en fait naître un nouveau. La novation du droit litigieux a été conçue sous toutes les phases du litige : contestation du droit, mise en demeure, demande en justice, litiscontestation, et jugement. L'exposé critique de ces théories nous permettra de mettre le lecteur au courant de toutes les formes de la novation du droit litigieux, et par conséquent des différentes formes de l'obligation judiciaire. Ainsi, sans méconnaître ni négliger les théories romaines et modernes, nous serons en mesure de déterminer dans quelles limites — à notre avis — la technique de la novation nécessaire s'impose.

Ce chapitre sera divisé en deux sections : dans la première, nous étudierons la novation nécessaire en droit romain ; dans la deuxième, nous traiterons la novation nécessaire en matière de responsabilité civile en droit moderne.

***

CHAPITRE II

LA NOVATION NECESSAIRE

36. — *LA NOTION DE LA NOVATION NECESSAIRE.*

La formule de la théorie de l'obligation judiciaire s'énonce : en révisant une obligation contractuelle, le jugement éteint celle-ci et en fait naître une nouvelle. Ce jugement est novateur, constitutif et source d'obligation. C'est l'obligation judiciaire. Tout le mécanisme de celle-ci repose sur la novation nécessaire d'une obligation contractuelle.

Pour bien comprendre la novation nécessaire, il faut se débarrasser de tous les préjugés concernant une forme déterminée de la novation. L'essence de celle-ci n'est que la substitution d'une norme à une autre. La novation est concevable même hors du domaine des obligations. On peut parler très correctement de la novation du droit objectif. Ainsi, F. Gény affirme que les « codes se sont présentés comme des lois normales, embrassant un grand nombre de matières, et opérant, en quelque sorte, novation du droit antérieur, par la vertu attachée aux formules législatives ». Et dans d'autres endroits de sa « Méthode d'interprétation », il réaffirme « l'effet novatoire de la codification » (1), dans le sens technique, et non pas métaphorique du mot.

En matière d'obligations, la novation n'est autre chose que la substitution d'une obligation à une autre, abstraction faite des conditions requises pour cette substitution. Les conditions de l'opération n'affectent point son essence même. Aujourd'hui, les juristes ne sont pas habitués d'entendre parler de la novation nécessaire. Or, la novation est, par définition, volontaire. N'est-ce pas, l'animus novandi fait partie de son essence même ? La vérité n'en est rien. Historiquement, la novation nécessaire apparut avant la novation contractuelle. Toutes les deux coexistaient pendant longtemps en droit romain. Et si la novation contractuelle a été seule reçue

(1) F. Gény, *Méthode d'interprétation*, op. cit., T. 1, pp. 110, 239 ; T. 2, p. 73.

tarisme absolu aboutit nécessairement à la volonté de puissance, et en conséquence à l'effacement de la volonté.

Ainsi, au nom de la doctrine du droit naturel à laquelle nous adhérons, nous affirmons que tout ce qui est contractuel est artificiel. Le contrat n'est qu'un simple moyen technique au service de la morale et doit y être toujours soumis. Le contrat n'est qu'une présomption de justice (360). Qui dit contrat dit juste. Cependant, cette présomption est toute simple. Elle pourrait être écartée selon les exigences de la raison. Le contrat pourrait être remplacé par une autre technique plus capable de réaliser la justice dans un cas concret, comme la loi ou le jugement par exemple. Par là, nous rejoignons la thèse de MM. Renard, Dabin, Roubier, Waline, Gounot, Batiffol, Hamel, Esmein, Lamorandière, entre autres. Cependant, nous avons signalé quelques excès chez quelques-uns parmi eux, surtout chez M. Gounot qui déclare que « la volonté n'est ni la cause efficiente, ni la cause finale du droit ; elle n'en est que la cause instrumentale » (361). En réalité, le contrat est à la fois cause efficiente et instrumentale de l'obligation. L'idée même de hiérarchie des causes implique que la cause efficiente soit en même temps instrumentale à l'égard des causes plus hautes (362).

D'ailleurs, il ne faut jamais perdre de vue que le moyen contractuel comparé aux autres moyens concevables (loi, jugement) est en général la plus capable d'atteindre la justice. Si la volonté contractuelle est faillible, la volonté du législateur et celle du juge ne le sont pas moins. Ainsi, nous croyons nécessaire de garder le principe du contrat. Le contrait fait la loi des contractants. Seulement, dans des cas exceptionnels, où la raison montre clairement que la justice est foulée aux pieds, l'intervention dans le contrat deviendra légitime. En ces cas-là, il n'est pas besoin de chercher la justification de l'intervention dans la volonté même des contractants. Car cette volonté, jugée injuste, n'aurait plus de valeur. L'intervention puise sa justification dans la raison. Celle-ci autorise, dans des cas exceptionnels, à remplacer la technique contractuelle par une autre technique, qui pourrait réaliser la justice. Et le choix serait toujours entre des moyens techniques différents.

Enfin, nous remarquons que, dans la majorité des cas où le droit positif autorise le juge à réviser le contrat, soit en France, soit en Egypte, l'intervention nous paraît légitime et raisonnable. C'est pourquoi nous croyons nécessaire de construire la technique de cette intervention, à savoir, l'obligation judiciaire.

(360) Il y aura lieu plus loin d'expliquer techniquement le sens de cette phrase.

(361) E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse, op. cit., p. 450.

(362) M. HEIDEGGER, *Le principe de raison*, op. cit., pp. 87, 89.

comme un principe de cette morale (Mauss). Dans les deux tendances, la notion de contrat ne sera pas une notion éternelle.

35. — *CONCLUSION.*

Nous pouvons clore par là ce chapitre consacré à l'étude du problème moral du contrat. Et nous avons constaté que tous les jusnaturalistes sont d'accord pour soumettre la volonté à la morale naturelle. Ni les doctrinaires du contrat social, ni Kant, ne sont des volontaristes absolus à l'encontre de la notion répandue. En effet, un jusnaturaliste ne saurait être un volontariste. Car, par définition, le droit naturel est une barrière à la volonté humaine. Ainsi, les grands maîtres (Gény, Hauriou, Le Fur, Josserand, Ripert, Rouast, Del Vecchio, Maury, Sabatier, entre autres) qui considèrent apparemment le principe contractuel comme un principe absolu, ne veulent pas, en réalité, s'écarter des propos des grands philosophes jusnaturalistes. Et pour n'en prendre que l'exemple de F. Gény, on ne s'étonnera pas de lire chez lui que le droit naturel représente « un fonds de vérité, étranger et supérieur aux volontés et aux caprices des hommes » [357]. Et, dans un autre endroit, il affirme que « la justice ne peut ressortir d'un verdict humain, quel qu'il soit. En tout cas, la loi écrite n'en peut fournir que de pâles rayons, comme tout ce qui est œuvre de volonté humaine » [358]. Selon lui, ce n'est pas le principe de l'autonomie de la volonté qui fait partie du « donné » juridique, mais c'est « le principe de l'autonomie de la volonté privée, maintenu à ses justes limites » [359]. Et il va sans dire que ses limites sont imposées à la volonté du dehors. L'absolu n'a pas de limites. L'absolu ne transige point. En effet, nous n'éprouvons pas le besoin d'analyser les opinions d'autres maîtres précités, car il en va de même pour eux tous.

Ce sont les adversaires du droit naturel qui pourraient être des volontaristes. Cependant, pour ceux-là, il n'est pas question que le contrat fasse partie de la morale naturelle, car celle-ci n'existe pas. D'ailleurs, leur majorité n'attache pas beaucoup d'importance à la volonté. Seulement, Nietzsche prétend libérer la volonté de toute chaîne. Mais cette prétention est tout à fait imaginaire, car le volon-

---

(357) F. Gény, *Science et technique*, op. cit., T. 2, p. 420.

(358) F. Gény, Ibid., T. 3, p. 85.

(359) F. Gény, *Ibid.*, T. 4, p. 21, note 2 ; Adde, T. 1, pp. 111, 196, 198 ; T. 2, pp. 45, 158, 163, 164, 170, 314, 338, 401, 409, 410 ; T. 3, pp. 85, 95, 137-139, 146 ; T. 4, pp. 54, 55, 62, 205, 212, 237. Dans sa méthode d'interprétation, F. Gény affirme que le principe de l'autonomie de la volonté doit être dominé par un autre principe, celui « de l'équilibre des intérêts en présence » (F. Gény, *Méthode d'interprétation*, op. cit., T. 2, p. 167).

lité de cinq procédés dialectiques, entre autres : la complémentarité, l'implication mutuelle, l'ambiguïté, la polarisation, et la réciprocité de perspective ([352]).

Il va sans dire que la dialectique gurvitchienne n'admet aucune idée de droit naturel ou de morale éternelle. Selon le jeune Gurvitch, le droit naturel n'est autre chose que « le droit positif intuitif », dans un milieu déterminé ([353]). « Le contrat, dit-il, dont l'apparition, comme on le sait, est un phénomène assez tardif de la culture juridique », ne ressort donc pas du droit naturel, mais du droit positif. soit formel, soit intuitif ([354]).

Cependant, Gurvitch, qui ne peut pas ne pas estimer les essais modernes sur la morale, surtout celui de Max Scheler, vient proposer la réconciliation entre moralistes et sociologues, « entente indispensable, dit-il, pour l'existence même des disciplines en question, entre philosophes et sociologues » ([355]). Néanmoins, les conditions de cette entente proposée sont difficilement acceptables pour les philosophes. Parmi ces conditions figure surtout la dialectique, qui a été conçue d'abord comme une position non-philosophique ([356]). En réalité, les moralistes surtout, les partisans de la morale naturelle, n'ont jamais attaqué les sociologues dans leur domaine propre. Pour eux, la conciliation entre les deux disciplines va de soi. Kant lui-même était à la fois moraliste et anthropologue. Il reconnaissait complètement la légitimité de chercher empiriquement les règles de conduite existantes dans une société déterminée. Cependant, ces règles pratiques (mœurs) ne représentent pas la Morale. Ce sont les sociologues qui ont déclenché l'attaque.

Durkheim a voulu résoudre la philosophie dans la sociologie, et Lévy-Bruhl a voulu résoudre la Morale dans les mœurs. Maintenant, l'attaque se montre inefficace, et les sociologues viennent demander la réconciliation. Les moralistes accepteront sans doute l'entente, mais sans conditions. Leur position n'a jamais changé : légitimité complète de la sociologie du droit et la sociologie des mœurs, illégitimé complète de la sociologie de la Morale.

On conclura que la tendance dominante en sociologie, c'est-à-dire la tendance transformiste et relativiste, n'admet point un principe absolu du contrat (Durkheim, Gurvitch). Cette tendance témoigne surtout d'une certaine inclination vers le principe de justice commutative (Durkheim). En revanche, les sociologues partisans de la morale éternelle prennent le principe de justice commutative

---

(352) G. GURVITCH, Ibid., pp. 189-223.

(353) G. GURVITCH, *Droit naturel ou droit positif intuitif ?* op. cit., p. 84.

(354) *Ibid.*, p. 81.

(355) G. GURVITCH, *Morale théorique et science des mœurs*, op. cit., p. 6.

(356) *Ibid.*, p. 140.

dialectique n'est pas étranger aux juristes. Déjà, Capitant disait : « Les vraies qualités du juriste sont et doivent rester la dialectique et l'esprit critique » (344). De même, M. E. Bertrand consacre une chronique à « la dialectique en droit privé positif ». Selon lui, la dialectique signifie une « alternance d'un principe à son contraire ». Ainsi, après le principe sacré du contrat, « c'est dans la loi, dit-il, que le débiteur a puisé le droit de ne pas payer ses dettes » (345). Cependant, G. Gurvitch, en analysant toutes les dialectiques connues depuis Platon jusqu'à Sartre, a pu affirmer : « Tout compte fait, nous ne pouvons accepter aucune des dialectiques formulées jusqu'à présent » (346). La dialectique nouvelle dans laquelle il engage la sociologie, c'est la dialectique empirico-réaliste. Celle-ci est une voie plutôt qu'un point d'arrivée (347). Elle est une lutte déclarée contre tout dogmatisme. Par là même, la dialectique est toujours une négation. « La négation dialectique n'est que la destruction de la logique formelle, du général, de l'abstrait, du discursif, pour atteindre ce qu'ils voilent » (348). La dialectique considère comme dogmatique toute philosophie préconçue de l'histoire (Hegel, Marx). C'est, dit M. Gurvitch, « le pire ennemi de la sociologie » (349). La dialectique n'accepte pas d'être asservie à quelque philosophie que ce soit. Ainsi Gurvitch dénonce la dialectique sartrienne comme domestique d'un existentialisme pessimiste (350). La dialectique est un combat contre la stabilité artificielle dans le réel comme dans le conceptuel. En effet, il y a trois aspects de la dialectique. Premièrement, la dialectique est une méthode qui consiste dans la démolition de tous les concepts acquis et cristallisés. Deuxièmement, la réalité humaine est elle-même dialectique, c'est-à-dire elle est toujours en mouvement et en changement. Troisièmement, le rapport entre la méthode dialectique et la réalité dialectique doit être lui-même dialectisé. Ce troisième aspect empêche de s'attacher jalousement à un seul procédé dialectique, comme par exemple procédé de contradiction, car cela entraînerait un retour au dogmatisme (351). Gurvitch envisage la possibi-

---

(344) H. Capitant, *Les transformations du droit civil français, depuis cinquante ans*. Extrait du livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée, p. 68.

(345) Edmond Bertrand, *Le rôle de la dialectique en droit privé positif*, D, ch., 1951, p. 151 et s.

(346) G. Gurvitch, *Dialectique et sociologie*, op. cit., p. 30.

(347) *Ibid.*, p. 6.

(348) *Ibid.*, p. 26.

(349) *Ibid.*, p. 15 ; Adde, p. 150.

(350) *Ibid.*, pp. 21, 171 ; Adde, pp. 157, 176.

(351) *Ibid.*, pp. 179-188. Ainsi, la dialectique n'est pas seulement une alternance d'un principe à son contraire, comme le comprend M. E. Bertrand. Une telle position conduit à une sorte de stabilité dogmatique, selon G. Gurvitch.

objectivement équitable » ([336]). Selon lui, le contrat équitable, c'est le contrat réglé selon le principe de justice commutative. Dans la justice, dit-il, on fait une distinction entre « justice distributrice et justice rétributive. La seconde est celle qui préside ou doit présider aux changes, en vertu de laquelle nous devons recevoir toujours la juste rémunération de ce que nous donnons » ([337]). Disons-le franchement, c'est le rationaliste Aristote qui parle maintenant, et non pas le sociologue Durkheim.

A l'encontre de Durkheim, son neveu, M. Mauss, croit à la morale éternelle et immuable. M. Strauss nous dit même que Mauss était en quelque sorte un rationaliste. « Mauss lui-même, dit M. Strauss, avait assigné comme but essentiel à l'ethnologie de contribuer à l'élargissement de la raison humaine » ([338]). Ainsi, Mauss résume sa célèbre recherche sur le « don » dans les termes suivants : « D'un bout à l'autre de l'évolution humaine, il n'y a pas deux sagesses. Qu'on adopte donc comme principe de notre vie ce qui a toujours été un principe et le sera toujours : « donne autant que tu prends, tout sera très bien » ([339]). « Cette morale, dit-il, est éternelle » ([340]). Encore une fois, le principe de justice commutative s'affirme chez les sociologues.

En réalité, la tendance sociologique qui croit à l'immuable constitue une exception dans ce système. Cette tendance amène M. Carbonnier à « se demander si, par ce canal, une sorte de droit naturel ne va pas, de nouveau, faire irruption dans le droit ». « Il y a là, à tout le moins, ajoute M. Carbonnier, une question posée aux juristes, mais aussi aux sociologues » ([341]). Pour notre part, nous avons déjà répondu par la négative. Si la raison et l'expérience se mettent d'accord, comme le remarquait quelquefois Aristote ([342]), il n'en est pas moins vrai que le droit naturel dans son sens classique, c'est le droit rationnel. D'ailleurs, la tendance dominante en sociologie est relativiste et transformiste. « Par là, dit M. Carbonnier, la sociologie vient ruiner toute idée de droit naturel » ([343]).

L'hypothèse relativiste a été confirmée énergiquement par G. Gurvitch, dans son ouvrage récent « Dialectique et Sociologie ». Le mot

---

(336) *Ibid.*, p. 243.

(337) *Ibid.*, p. 257.

(338) M. Mauss, *Sociologie et anthropologie*, op. cit., Introduction par C. Levi-Strauss, p. LI.

(339) *Ibid.*, p. 265.

(340) *Ibid.*, p. 263.

(341) J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Cours de doctorat, op. cit., pp. 73, 75. Voir sur la sociologie et le droit naturel, la thèse de notre ami et collègue, A. El Kocheri, *La notion de contrat international*, Thèse, Rennes, 1962, Introduction, p. 1 et s.

(342) Aristote, *Politique*, op. cit., t. 2, ch. 6, p. 55.

(343) J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, op. cit., p. 33.

seulement quand on se demande si la norme existe, où existe-t-elle ? Les empiristes répondent : elle existe dans la société, dans l'histoire, etc... Les aprioristes ne disent pas non. Il y a, bien sûr, des normes existantes dans la société ou dans l'histoire (loi, coutume, mœurs) ; mais ces règles-là ne constituent pas la morale. Il faut donc distinguer entre deux parties de l'Ethique. Selon Kant, « la partie empirique pourrait recevoir particulièrement le nom d'Anthropologie pratique, la partie rationnelle proprement dite celui de Morale » (331). Si la règle fournie par l'anthropologie, dit Kant, « peut être appelée une règle pratique, elle ne peut jamais être dite une loi Morale » (332). En suivant Kant, nous admettons la légitimité de la sociologie des mœurs, de la sociologie du droit (333), mais point la sociologie de la Morale ou la sociologie du droit naturel.

Mais comme nous avons déjà exposé le problème moral du contrat chez des philosophes dont nous ne partageons pas les vues, nous allons maintenant traiter le même problème chez les sociologues.

Chez Durkheim, la source de la morale, c'est la société, c'est la conscience collective. Les idées morales, ce sont les idées existantes dans une société déterminée. La morale, ainsi comprise, est changeante et évolutive. Et il faut toujours admettre la valeur morale de la vie sociale. Selon Durkheim, « l'entente des parties ne peut rendre juste une clause qui, par elle-même, ne l'est pas, et il y a des règles de justice dont la justice sociale doit prévenir la violation, même si elle a été consentie par les intéressés » (334). Dans sa « Physique des mœurs et du droit », le fondateur de la sociologie française consacre quatre leçons pour traiter l'évolution des idées morales concernant le contrat. Tout en remarquant l'apparition tardive du contrat, il affirme « que nous ne sommes pas au terme de cette évolution » (335). Il croit même pouvoir indiquer la direction de cette évolution. « Comme du contrat solennel, dit-il, était né le contrat consensuel, de ce dernier sort une forme nouvelle. C'est le contrat équitable,

---

(331) Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., p. 75. Selon Kant, l'anthropologie, c'est la science de la nature humaine donnée dans l'expérience et telle aussi qu'elle apparaît dans l'histoire.

(332) *Ibid.*, p. 78.

(333) Quelquefois, la légitimité de la sociologie du droit a été mise en cause par des arguments empruntés à Kant, et qui sont seulement valables pour réfuter la sociologie de la Morale. Voir F. Gény, *Science et technique*, op. cit., T. 2, p. 52-110 ; G. Ripert, *La règle morale*, op. cit., pp. 30, 72, 73 ; *Les forces créatrices du droit*, op. cit., pp. 27-29, 30, 47, 49, 159. En réalité, les règles du droit ne sont pas toutes rationnelles, et F. Gény admet le donné historique à côté du donné rationnel. Aussi G. Ripert parle des forces créatrices du droit. Les deux éminents maîtres font donc de la sociologie du droit.

(334) Durkheim, *De la division du travail social*, op. cit., p. 194.

(335) E. Durkheim, *Physique des mœurs et du droit*, op. cit., p. 249.

l'expérience et l'histoire découle de la différence entre les lois de ce qui est « Sein » (lois naturelles), et les lois de ce qui doit être « Sollen » (lois éthiques). En réalité, les deux problèmes sont très différents l'un de l'autre, et leur confusion accentue une divergence déjà grave. La loi normative concerne « ce qui doit arriver, quand même cela n'arriverait jamais » ([324]), puisque la volonté, « selon sa constitution subjective, n'est pas nécessairement déterminée par la loi » ([325]). Mais cela n'empêche pas que la loi normative elle-même existe en tant que fait dans une société déterminée à une époque déterminée (loi, coutume, mœurs), ou dans un ordre transcendant (morale). Quand, donc, les sociologues parlent du « fait normatif » ([326]), ou du « fait-droit » ([327]). En réalité, ils n'apprennent rien aux aprioristes. D'ailleurs, ces derniers ne leur refusent point la reconnaissance du fait normatif. Ainsi, la loi est normative par son contenu et par son rapport avec la volonté humaine, mais en même temps elle est un fait par son existence. Lois naturelles et lois normatives sont donc toutes les deux des faits, des objets de connaissance. Leur différence existe seulement dans leurs contenus et dans leurs rapports avec les phénomènes qu'elles régissent. C'est, croyons-nous, la juste interprétation de Kant. D'ailleurs, Max Scheler, dont l'éthique repose essentiellement sur « l'être des valeurs », affirme expressément que « l'erreur de l'empirisme ne vient pas de ce qu'on ne puisse jamais tirer le devoir-être de l'être, mais... etc. » ([328]). De même, Lalande ne refuse pas à Durkheim le droit de parler de la physique des mœurs et déclare, en faisant l'interprétation de Kant, que « la vraie position du problème est bien celle-là : elle présuppose l'ordre normatif qu'elle vise à systématiser, tout comme la physique présuppose la nature ; et ce serait une singulière outrecuidance que de l'inventer de toutes pièces » ([329]). Ainsi, la science normative, affirme encore Lalande, est « un système de vérités qui sera science en tant que formé de connaissances rationnelles bien liées, et normative par le contenu de ses connaissances » ([330]).

En bref, pour les aprioristes autant que pour les empiristes, la norme elle-même existe, elle est elle-même un « être ». Sur ce point, il n'y a aucune divergence entre les deux. La controverse commence

(324) Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., p. 146.

(325) Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., p. 123.

(326) G. Gurvitch, *Droit naturel ou droit positif intuitif ?* op. cit., p. 85 ; G. Gurvitch, *Morale théorique et Science des mœurs*, P.U.F., 3e éd., 1961, pp. 128, 139.

(327) J. Carbonnier, *Quelle contribution la sociologie juridique peut-elle apporter au droit du contrat ?* op. cit., p. 121.

(328) Max Scheler, *Le formalisme en éthique*, op. cit., p. 69.

(329) Lalande, *La raison et les normes*, op. cit., p. 141 ; Adde, p. 137.

(330) *Ibid.*, p. 136.

On conclura donc que le contrat, chez les représentants les plus authentiques de la doctrine du droit naturel, aux temps modernes, est un simple moyen technique au service de la morale.

34. — *LE CONTRAT, LA SOCIOLOGIE, L'ANTHROPOLOGIE ET L'HISTOIRE.*

Les recherches les plus importantes en la matière sont celles de l'historien anglais Sumner Maim, et des sociologues français G. Davy et M. Mauss.

Que Sumner Maim nous enseigne l'antériorité du statut au contrat, que G. Davy envisage les différentes hypothèses de génétique des contrats : celles de la damnation, de l'alliance du sang, du don ; que M. Mauss fasse prévaloir cette dernière hypothèse, les savants sociologues, anthropologues et historiens sont d'accord sur les deux faits suivants : Premièrement, le contrat volontaire est un phénomène assez tardif ([322]). Deuxièmement, le volontarisme absolu n'a jamais existé dans aucune période de l'histoire humaine, même au bel âge du libéralisme du XIX° siècle ([323]).

Quel serait donc le jugement moral qu'on peut tirer de ces deux constatations des faits ? Ici surgit la controverse entre apriorisme et empirisme. Pour les aprioristes, dont nous partageons les vues, la question ne se pose pas. Un jugement de fait ne peut jamais donner un jugement moral. Cependant, cette controverse a été aggravé par une confusion très répandue et qu'il faut dissiper. On croit souvent que l'impossibilité de trouver les impératifs moraux dans

(322) Henry SUMNER MAIM, *Ancient law,* 1861, nouvelle édition, London, 1930, p. 182 ; Emile DURKHEIM, *Leçons de sociologie,* Physique des mœurs et du droit, P.U.F., 1950, p. 206 et s. ; G. DAVY, *La foi jurée,* Thèse ès lettres, 1922, p. 319 ; G. DAVY, *Le problème de l'obligation chez Duguit et chez Kelsen,* in Arch. de phil. du dr. et de Soc. jur., 1933, p. 29 ; M. MAUSS, *Sociologie et anthropologie,* P.U.F., 1960, p. 143-279 ; G. GURVITCH, *Droit naturel ou droit positif intuitif ?* in Arch. de phil. du dr. et de Soc. jur., 1933, p. 81 ; R. MONIER, *Manuel de droit romain Les obligations,* 4e éd., 1954, p. 10 et s. ; M. VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique,* in Arch. de phil. du dr., 1957, p. 91 ; J CARBONNIER, *Quelle contribution la sociologie juridique peut-elle apporter au droit du contrat ?* in Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse, 1959, p. 115-116.

(323) Selon le Code Napoléon, le contrat valable est le contrat « légalement » formé (art. 1134), celui qui ne déroge pas aux lois de l'ordre public et les bonnes mœurs, et qui remplit les autres conditions de validité du contrat (déclaration de volonté exempte de vices, — causée..., etc.). E. Durkheim en déduit que « tout n'est pas contractuel dans le contrat ». (E. DURKHEIM, *De la division du travail social,* 7e éd., P.U.F., 1960, p. 189). Ainsi, l'attaque de Gounot contre l'individualisme juridique s'appuie sur le même fait. (E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie en droit privé,* Thèse, op. cit., 1912). La soumission du contrat à la loi en droit positif est un fait incontesté.

à savoir que le salaire ne doit pas être insuffisant à faire subsister l'ouvrier sobre et honnête » ([314]).

A l'occasion du quarantième anniversaire de l'Encyclique Rerum Novarum, le Pape Pie XI dénonce « les faux dogmes du libéralisme » et « les postulats d'un néfaste individualisme » ([315]). « L'offre et la demande, dit-il, opposent les parties en deux classes, comme en deux camps ; le débat qui s'ouvre transforme le marché en champ clos où les deux armées se livrent un combat acharné » ([316]). Ainsi les contrats doivent être réglés « selon les lois d'une très exacte justice commutative avec l'aide de la charité chrétienne » ([317]).

Ainsi, dans son discours pour la commémoration du cinquantième anniversaire de l'Encyclique « Rerum Novarum », le Pape Pie XII déclare que « l'ordre naturel venant de Dieu requiert aussi la propriété privée et la liberté du commerce réciproque des biens par échanges et donations ; comme en outre la fonction régulatrice du pouvoir public sur l'une et l'autre de ces institutions » ([318]). En effet, la morale naturelle n'est réalisable sur terre que par des procédés techniques (loi positive, contrat, etc...). Ces procédés sont donc requis par la morale pour atteindre sa fin. Cependant, ils restent toujours des moyens techniques.

De même, dans l'Encyclique « Mater et Magistra », le Pape Jean XXIII déclare que la rétribution du travail « ne peut être abandonnée au jeu automatique des lois du marché. Elle doit être au contraire déterminée selon la justice et l'équité, qui autrement resteraient profondément lésées même si le contrat de travail avait été arrêté en toute liberté entre les parties » ([319]). Le même grand Pape affirme, dans l'Encyclique « Pacem in terris », « on ne peut, certes, admettre la théorie selon laquelle la seule volonté des hommes — individus ou groupes sociaux — serait la source unique et première d'où naîtraient droits et devoirs des citoyens » ([320]). Dans la même Encyclique, le Pape Jean XXIII parle des traités et des conventions comme des « instruments juridiques », « des procédés et moyens » ([321]).

---

(314) *Rerum Novarum,* in Les Encycliques sociales, op. cit., p. 114.

(315) *Quadragesimo Anno,* 1931, Les Encycliques sociales, op. cit., pp. 142, 171.

(316) *Ibid.,* p. 168.

(317) *Ibid.,* p. 178 ; Adde, p. 151. Le Pape Pie XI insiste sur l'importance de la charité chrétienne. (*Ibid.,* p. 193).

(318) *Discours de Pie XII, La question sociale aujourd'hui,* Les Encycliques sociales, op. cit., pp. 207-208.

(319) *Mater et Magistra,* in Les Encycliques sociales, op. cit., p. 253 ; Adde, p 289.

(320) *Pacem in terris,* texte intégral, La Croix du 11 avril 1963, p. 6.

(321) *Ibid.,* p. 7.

infra-personnel » (307). Cependant, cette force est toute nécessaire car, « pour nous, créatures finies, dit Jaspers, la discipline de la contrainte continue à être indispensable pour maîtriser nos passions » (308). Maintenant, il surgit une question très importante. Si la valeur d'un contrat concret devient absolue par l'amour qui anime ses parties, cette valeur serait-elle donnée ou construite ? G. Marcel répond clairement : « le concret est perpétuellement à conquérir » (309). De même, K. Jaspers affirme que le concret « n'est pas donné, il faut le conquérir » (310).

Ainsi, tous les existentialistes, athées et croyants, se mettent d'accord sur ce point. Rien n'est donné, tout est construit, et cela découle de leur principe : l'existence précède l'essence.

En résumé, l'existentialisme croyant n'admet aucun principe abstrait du contrat. Par amour seulement, un contrat concret peut avoir une valeur absolue. Et cette valeur sera toujours construite.

33. — *LE CONTRAT ET LA PHILOSOPHIE DE L'ETRE.*

La philosophie de l'être se partage entre l'école d'Hartmann, celle de Whithed et le thomisme. Ces trois tendances doivent beaucoup à Aristote et Platon. Et nous nous bornons ici à étudier le thomisme sous la forme enseignée par l'Eglise catholique (311). Celle-ci défend énergiquement la doctrine du droit naturel (312). Au nom du droit naturel, le Pape Léon XIII confirme le principe de justice distributive et celui de justice commutative (313). La validité du contrat ne dépend pas du consentement, mais de sa conformité à la justice. « Que le patron et l'ouvrier, dit le Pape Léon XIII, fassent donc tant et de telles conventions qu'il leur plaira, qu'ils tombent d'accord notamment sur le chiffre du salaire, *au-dessus de leur libre volonté, il est une loi de justice naturelle plus élevée et plus ancienne,*

---

(307) *Ibid.*, p. 152.

(308) K. Jaspers, *Introduction à la philosophie*, op. cit., p. 81.

(309) G. Marcel, *Les hommes contre l'humain*, op. cit., p. 119.

(310) K. Jaspers, *Introduction à la philosophie*, p. 98.

(311) Le thomisme a été recommandé expressément par l'Eglise catholique (Encyclique Aterni Patris, 1879). J.-M. Bochenski, *La philosophie contemporaine*, op. cit., p. 191.

(312) Voir l'influence du thomiste Taparelli D'Azeglio sur son élève, Joachim Pacci, devenu le Pape Léon XIII (Marcel Prélot, *Taparelli D'Azeglio et la naissance du droit naturel au XIXe siècle*, in Annales de Philosophie politique, 1959, p. 191).

(313) *Rerum Novarum*, 1891, in Les encycliques sociales, op. cit., pp. 82, 92, 95, 106, 114.

de l'histoire [293]. Il s'élève aussi contre la révolution française [294] et l'individualisme périmé [295]. Tout en reconnaissant le mérite des grands rationalistes [296]. Marcel fait prévaloir la méthode phénoménologique [297]. Il s'attaque aussi au relativisme [298], et au scepticisme [299]. A son tour, K. Jaspers dénonce le marxisme, le fascisme, le nietzschisme et la philosophie de l'histoire [300]. Il se dresse aussi contre le volontarisme et le libéralisme (un laisser-aller vide de pensée) [301].

Posons maintenant à ces deux éminents philosophes, qui croient à l'absolu, la question qui nous occupe. Le principe du contrat serait-il un principe absolu ? En réalité, la réponse ne serait ni oui, ni non, car l'existentialisme n'admet aucune abstraction. L'abstraction, c'est l'ignorance, c'est le fanatisme, c'est la passion [302]. « Le propre de l'homme, dit Marcel, est d'être en situation » [303]. L'absolu ne se trouve donc pas dans l'abstrait, mais dans le concret. Mais qui déciderait, dans ce cas concret, de la valeur morale du contrat ? C'est l'amour, répondent les deux philosophes. « Il n'y a pas, dit Marcel, et il ne peut pas y avoir, de valeur sans amour » [304]. Aussi, K. Jaspers emprunte à Saint Augustin sa parole : « Aime et fais ce que tu veux » [305]. L'existentialisme croyant est avant tout une philosophie d'amour. L'amour est à la base d'une distinction chère à G. Marcel entre l'infra et le supra personnel. L'amour, c'est l'attachement, c'est le service. Sans amour, la valeur du contrat ne sera point absolue. G. Marcel dénonce expressément cette « idée prétentieuse de soi à base contractuelle : je ne dois que le travail pour lequel on me paye ; à partir du moment où je me suis conformé aux clauses de mon contrat, je m'appartiens, et personne n'a le droit de rien me réclamer » [306]. La force obligatoire du contrat dépourvue d'amour « ne dépasse pas, dit Marcel, le niveau

(293) *Ibid.*, pp. 96, 97, 178, 184, 186.

(294) *Ibid.*, pp. 8, 19, 156.

(295) *Ibid.*, pp. 142, 169.

(296) *Ibid.*, p. 55.

(297) *Ibid.*, p. 92. Il est à remarquer que la méthode phénoménologique est utilisée par des philosophes autres que les phénoménologues. (Bochenski, *La philosophie contemporaine*, op. cit., p. 33).

(298) G. Marcel, *Id.*, op. cit., p. 10.

(299) *Ibid.*, p. 102.

(300) K. Jaspers, *Introduction à la philosophie*, op. cit., pp. 13, 150, 161.

(301) K. Jaspers, *Introduction à la philosophie*, op. cit., pp. 56, 124, 191.

(302) G. Marcel, *Les hommes contre l'humain*, op. cit., pp. 9, 83, 84, 118, 206.

(303) *Ibid.*, p. 17 ; Adde, pp. 22, 92, 119.

(304) *Ibid.*, p. 141.

(305) K. Jaspers, *Introduction à la philosophie*, op. cit., p. 80.

(306) G. Marcel, *Les hommes contre l'humain*, op. cit., p. 147.

veux me marier, dit-il, même si ce mariage dépend de ma situation, ou de ma passion, ou de mon désir, par là j'engage non seulement moi-même, mais l'humanité tout entière sur la voie de la monogamie » (283). Ainsi, si je conclus un contrat, j'engage non seulement moi-même, mais l'humanité entière sur le principe du contrat. Pour chaque contractant, le contrat relève d'un principe universel de l'humanité. Mais ce principe ne serait pas a priori, ou donné, mais toujours construit. L'universalité, dit Sartre, « n'est pas donnée, elle est perpétuellement construite. Je construis l'universel en me choisissant ; je le construis en comprenant le projet de tout autre homme, de quelque époque qu'il soit » (284). La morale tout entière est inventée et créée. « Ce qu'il y a de commun entre l'art et la morale, dit Sartre, c'est que, dans les deux cas, nous avons création et invention » (285). On conclura donc que pour chaque contractant le contrat relève d'un principe humain et universel, mais non pas rationnel, ni naturel, ni donné.

b) *L'existentialisme croyant.*

Les existentialistes croyants accusent Sartre de Nietzschisme, de sophisme et de matérialisme marxiste (286). « Un homme, dit Marcel, ne peut être ou rester libre que dans la mesure où il demeure lié au transcendant » (287). Marcel prêche « une lutte sur le terrain du droit proprement » (288), contre le machiavélisme (289), l'hégélianisme (290), le marxisme (291), le nietzschisme (292) et la philosophie

---

(283) *Ibid.*, p. 27.

(284) *Ibid.*, p. 70.

(285) *Ibid.*, p. 77. La négation sartrienne de la morale naturelle infirme l'opinion de Kelsen selon laquelle « la théorie existentialiste du droit n'est qu'une variante de la théorie du droit naturel ». (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 339). L'opinion de Kelsen est partagée aussi par M. A. BRIMO, *De la notion de forme et de contenu du droit dans la théorie générale du droit*, in Mélanges J. Maury, T. 2, 1960, p. 296 ; Comp. Charles DONIUS, *Existentialisme, phénoménologie et philosophie du droit*, in Arch. de phil. du dr., 1957, p. 222 et s.

(286) G. MARCEL, *Les hommes contre les humains*, op. cit., p. 54, 133. D'ailleurs, Sartre ne cache pas sa sympathie pour le marxisme. (J.-P. SARTRE, *Marxisme et existentialisme*, in Critique de la raison dialectique, 1960, pp. 15-32) ; Comp. J.-P. SARTRE, *L'existentialisme est un humanisme*, op. cit., p. 130 et s.

(287) G. MARCEL, *Les hommes contre l'humain*, op. cit., p. 24 ; Adde, pp. 23, 24, 32, 47, 51, 54, 74, 75, 187 ; K. JASPERS, *Introduction à la philosophie*, op. cit., pp. 56, 63, 85, 89, 90, 92, 94, 98, 122, 145, 161.

(288) *Ibid.*, p. 185.

(289) *Ibid.*, p. 55.

(290) *Ibid.*, p. 44.

(291) *Ibid.*, pp. 27, 31, 43, 100.

(292) *Ibid.*, pp. 17, 28, 44, 53, 133, 187.

fondamentale de ce cosmos que forment les personnes morales finies » (277).

Il est clair donc que ce n'est pas seulement le contrat, mais aussi toutes les autres formes inférieures de l'unité sociale (masse, société, humanité), qui se subordonnent à titre de simples moyens à la forme suprême de l'unité, à savoir l'unité de l'individu spirituel, dans la personne des personnes, dans Dieu. La société, comme le contrat, est un simple moyen technique. De plus, « la société consiste exclusivement dans la validité de ces relations contractuelles (entre particuliers) » (278). Il en résulte que ni le contrat, ni la société ne peuvent déroger au principe de solidarité, pris dans son sens suprême.

32. — *LE CONTRAT ET LA PHILOSOPHIE DE L'EXISTENCE.*

L'existentialisme se partage entre deux tendances opposées et hostiles. L'existentialisme athée (J.-P. Sartre, M. Heidegger) et l'existentialisme croyant (K. Jaspers, G. Marcel). Ce qu'ils ont en commun, c'est simplement leur croyance que l'homme est toujours un être en situation où l'existence précède l'essence.

a) *L'existentialisme athée.*

Dieu est mort, l'homme est libre. Le slogan célèbre de Nietzsche est le point de départ de la philosophie sartrienne. Cependant, Sartre évite le nom de Nietzsche et évoque celui de Dostoïewsky, « Dostoïewsky avait écrit, dit Sartre : « Si Dieu n'existait pas, tout serait permis ». C'est là le point de départ de l'existentialisme » (279). L'homme est libre, il « est condamné à être libre » (280). L'existence précède l'essence, signifie qu'il n'y a aucune morale donnée, « l'homme n'est rien d'autre que ce qu'il se fait » (281) et ce qu'il choisit d'être. Mais « en se choisissant, il choisit tous les hommes », et il « engage l'humanité entière » (282).

Et c'est là le sens de l'humanisme existentialiste. Et, à l'encontre de l'humanisme kantien, celui-là n'est point rationnel, il peut être même passionnel. Et Sartre donne l'exemple du mariage. « Si je

---

(277) *Ibid.*, p. 534.

(278) *Ibid.*, p. 559.

(279) J.-P. SARTRE, *L'existentialisme est un humanisme*, op. cit., p. 36. Les existentialistes croyants n'hésitent pas à affirmer l'origine nietzschienne de la philosophie de Sartre. G. MARCEL, *Les hommes contre les humains*, op. cit., p. 133.

(280) J.-P. SARTRE, *Ibid.*, p. 37.

(281) *Ibid.*, p. 22.

(282) *Ibid.*, p. 25-26.

Les normes peuvent varier selon les circonstances ; cependant, les valeurs correspondantes restent immuables dans leur Royaume.

Quel serait donc la position du contrat dans le Royaume des valeurs ? La réponse de Scheler ne laisse aucun doute. « Le principe individualiste de la concurrence et de l'envie... ne représente ni une « loi naturelle » de l'esprit, ni une loi naturelle de l'esprit humain », « ce n'est que le résultat des fautes accumulées historiquement par les hommes » (269). Le contrat n'est pas obligatoire, parce qu'il est contrat ou consentement, mais parce qu'il est au service du principe de solidarité. « Le devoir, dit Scheler, de respecter les engagements réciproques pris par contrat, ne s'enracine pas à son tour dans un contrat par lequel on conviendrait de respecter les contrats, mais dans l'obligation qui s'impose, solidairement aux membres d'une communauté, de réaliser les contenus qui sont pour eux de devoir-être » (270). Ainsi, affirme-t-il, « le principe contractuel a sa racine dans le principe-de-solidarité » (271). Et il constate que le « principe-de-solidarité » avait pris peu à peu le dessus sur le principe individualiste » (272). En réalité, les hommes concluent « des contrats, concernant des matières qui touchent à leurs intérêts singuliers » (273). « L'erreur des « libéraux » consiste à ériger le principe de ces contrats en loi morale éternelle. C'est, dit-il, « la méconnaissance de la forme suprême de toute unité sociale possible, forme à laquelle doivent, en dernier ressort, se subordonner, *à titre de simples moyens, les autres formes de cette unité* » (274).

Mais quelle est cette forme suprême de l'unité sociale à laquelle les contrats se subordonnent, à titre de simples moyens ? Il y a, chez Scheler, quatre formes d'unité sociale, masse, société, humanité. La quatrième forme, forme suprême par excellence, c'est « l'unité de personnes singulières, autonomes, spirituelles et individuelles « dans » une personne commune, autonome, spirituelle et individuelle » (275). Cette unité aboutit à la responsabilité « devant la personne des personnes, devant Dieu » (276). « Entendu en ce sens, dit Scheler, le principe-de-solidarité nous apparaît comme une partie constituante éternelle, et en quelque sorte comme une loi

(268) Max Scheler, *Le formalisme en éthique*, op. cit., p. 230 et s.
(269) *Ibid.*, p. 280-281.
(270) *Ibid.*, p. 531.
(271) *Ibid.*, p. 532.
(272) *Ibid.*, p. 281.
(273) *Ibid.*, p. 558.
(274) *Ibid.*, p. 540.
(275) *Ibid.*, p. 533.
(276) *Ibid.*, p. 534.

après le fondateur ([258]). L'éthique de Scheler entend porter un coup contre le subjectivisme, le relativisme et l'empirisme moral. L'attaque est dirigée aussi contre l'humanisme, le rationalisme et l'universalisme. D'abord, Scheler réfute tout empirisme. « Ce n'est pas à l'expérience, dit-il, qu'il appartient de découvrir ce qui est bon et mauvais » ([259]).

A l'instar de Kant, l'éthique doit être apriorique, « c'est-à-dire dont les principes soient évidents » ([260]). Cependant, il ne s'agit pas d'un apriorisme rationnel comme celui de Kant, mais d'un apriorisme phénoménologique, c'est-à-dire émotionnel. « Ainsi nous affirmons contre Kant, dit Scheler, et de la manière la plus décidée, l'existence d'un apriorisme de l'émotionnel et la rupture de cette fausse unité qui a réuni jusqu'ici apriorisme et rationalisme » ([261]). D'ailleurs, l'apriorisme émotionnel est loin d'être universel. « Il peut exister un a priori qu'un seul sujet saisisse (et qu'il soit seul à pouvoir saisir) » ([262]). « C'est pourquoi, dit Scheler, il nous faut récuser expressément toute prétendue " éthique humaine " » ([263]). En effet, Scheler n'admet ni l'égalité des hommes ni l'égalité des races quant à la perception affective des valeurs ([264]). L'homme « n'est qu'un support de valeurs, non le présupposé des valeurs », ou un sujet « évaluant » qui serait à l'origine de toute valeur ou sans lequel aucune valeur ne serait concevable ([265]). Cependant, si la connaissance humaine des valeurs est relative, les valeurs elles-mêmes sont absolues, éternelles et immuables ([266]). Ainsi, la phénoménologie aboutit à une morale éternelle, mais non pas rationnelle, ni universelle, ni humaine ([267]). Mais, ce qui est immuable en éthique, c'est la valeur et non pas la norme ou l'impératif ([268]).

---

(258) L'œuvre de Scheler rend inutile tout essai entrepris par un non-philosophe pour fonder un système moral sur la théorie de la connaissance chez Husserl, comme par exemple l'essai de M. C. Cossio, *La norme et l'impératif chez Husserl*, in Mélanges Roubier, 1961, pp. 145-198.

(259) Max Scheler, *Le formalisme en éthique*, op. cit., p. 69 ; Adde, 32, 87.

(260) *Ibid.*, p. 70 ; Adde, pp. 68-125.

(261) *Ibid.*, p. 87.

(262) *Ibid.*, p. 98.

(263) *Ibid.*, p. 282.

(264) *Ibid.*, p. 101.

(265) *Ibid.*, p. 99.

(266) *Ibid.*, p. 276 et s.

(267) En effet, Max Scheler n'élimine pas la possibilité d'une connaissance humaine des valeurs morales absolues. C'est pourquoi nous sommes autorisés à admettre la compatibilité entre la phénoménologie et la doctrine du droit naturel. Comp. C. Cossio, *La norme et l'impératif chez Husserl*, op. cit., p. 159-160 ; P. Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit. Essai de phénoménologie juridique*. Thèse, Paris, 1962, p. 431 et s. ; rapp. J.-P. Haesaert, *Fondement du droit naturel*, in Arch. de phil. du dr. et de Soc. jur., 1933, p. 213.

cité se tiennent comme les cellules d'un organisme. La morale, ainsi comprise, est un système d'habitudes comparables aux instincts des animaux [247]. Et il s'agit d'une simple comparaison, car l'homme ne se compose pas d'un instinct pur, mais il est aussi un être intelligent, qui peut se soustraire à la morale par sa volonté [248]. La morale oblige, mais elle ne nécessite pas [249]. Le fondement de cette morale est « l'instinct intellectuel ». Il s'agit d'un « mécanisme quasi intelligent » [250]. Dans l'intention de la nature, cette morale est destinée à une société close, et non pas à l'humanité entière.

La deuxième source de la morale, c'est l'intuition, ou l'émotion créatrice : « des fondateurs et réformateurs de religions, des mystiques et des saints » [251]. Et il s'agit toujours « d'une invention comparable à celle de l'artiste » [252]. La deuxième morale est humaine et non seulement sociale [253]. Cependant, la dualité entre les deux sortes de morale se résorbe dans l'unité, car « pression sociale » et « élan d'amour » ne sont que deux manifestations complémentaires de la Vie » [254].

Prise dans ces deux sens, la morale n'est point naturelle. « Une seule chose est naturelle, la nécessité d'une règle » [255]. Les règles morales sont « des outils inventés, par conséquent variables et imprévus » [256].

On conclura que le principe de contrat ne relève pas de la morale naturelle, car celle-ci n'existe point [257].

31. — *LE CONTRAT ET LA PHILOSOPHIE DE L'ESSENCE.*

Edmund Husserl, le fondateur de la phénoménologie ou la philosophie de l'essence, n'a jamais fait de morale. Celle-ci était l'œuvre de Max Scheler, qui passe pour le premier phénoménologue

(247) *Ibid.*, p. 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 20, 21, 34, 129.
(248) *Ibid.*, p. 2, 3, 19, 24, 46, 98, 313, 314.
(249) *Ibid.*, p. 4.
(250) *Ibid.*, p. 55.
(251) *Ibid.*, p. 49 ; Adde, 29, 42, 43, 44, 50, 58, 97.
(252) *Ibid.*, p. 74.
(253) *Ibid.*, p. 31.
(254) *Ibid.*, p. 98.
(255) *Ibid.*, p. 22.
(256) *Ibid.*, p. 22.
(257) Il en va de même pour le principe de la justice commutative. BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, op. cit., p. 68 et s.

de cette mutation ? On n'en sait rien [238]. Cependant, Bergson et Teilhard de Chardin sont d'accord sur la nature de l'évolution humaine. Celle-ci s'accomplit par une accumulation de l'Acquis [239]. L'évolution humaine, c'est avant tout l'évolution de la raison [240]. Mais, si évolutive qu'elle soit, la raison restera toujours surveillée par l'instinct, son origine, croit Bergson [241]. En revanche, Teilhard de Chardin croit que l'homme ne restera pas toujours un homme, mais il deviendra dans quelques millions d'années un ultra-homme, ou un supra-homme, et ce sera le point decisif de l'évolution, le point dit « Oméga », le point de rencontre avec le seul véritable Oméga, « Dieu, Moteur, Collecteur et Consolidateur, en avant, de l'Evolution » [242].

Mais en envisageant les choses avant cette rencontre, il n'est pas question que le contrat relève de la morale rationnelle, car celle-ci n'existe point. « Toute morale, dit Bergson, est d'essence biologique », et par conséquent évolutive et non point éternelle [243]. La force obligatoire du contrat pourrait être un principe moral, et elle pourrait ne pas l'être. La raison ne peut rien décider, tout dépend de l'évolution biologique. Ainsi, Bergson déclare clairement que *le contrat ne serait obligatoire que « dans un groupement humain où existent des idées proprement morales, des conventions et des obligations* » [244]. Mais si ces idées existent effectivement dans un certain groupement humain, quelle en serait la source ?

D'abord, il faut éliminer la raison. « L'essence de l'obligation, dit Bergson, est autre chose qu'une exigence de la raison » [245]. En effet, il y a deux sources de la morale, et par conséquent, deux sortes de morale. La première est « infra-intellectuelle », la deuxième est « supra-intellectuelle » [246].

La première est imposée par la société. Les membres de la

---

(238) Si nous voulons éviter bien des efforts et des rêves inutiles. TEILHARD DE CHARDIN, *La place de l'homme dans la nature*, op. cit., p. 86 ; H. BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, op. cit., p. 116.

(239) H. BERGSON, Id., p. 290 ; TEILHARD DE CHARDIN, Id., p. 121.

(240) BERGSON, Id., p. 106 ; TEILHARD DE CHARDIN, Id., p. 14.

(241) BERGSON, Id., p. 169.

(242) TEILHARD DE CHARDIN, *La place de l'homme dans la nature*, op. cit., pp. 153, 168, 169. Il est à remarquer que Bergson n'élimine pas l'hypothèse de l'existence de Dieu. Mais il préfère parler de l'intention de la nature. (H. BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, op. cit., pp. 114, 120, 133, 257).

(243) *Ibid.*, p. 103.

(244) *Ibid.*, p. 87.

(245) *Ibid.*, p. 18 ; Adde, pp. 15, 17, 21, 59, 60, 64, 65, 81, 82, 86, 90, 91; 93, 95, 99, 122, 287.

(246) *Ibid.*, p. 41, 63.

pour enjeu le grand principe de la force obligatoire des contrats » [230]. Le raisonnement de Josserand laisse entendre que la guerre va décider qui a raison, et qui a tort. La guerre, ainsi érigée en tribunal, Josserand retourne à la volonté de puissance contre laquelle il s'est élevé.

En réalité, le sens de la guerre mondiale était plus profond qu' « un drame contractuel ». La lutte était entre deux philosophies, ou des conceptions de vie. « Le sens profond des combats actuels, dit M. Waline, c'est la lutte de la croix du Christ et de la croix gammée » [231]. Et on trouve la même affirmation chez le Président Roosevelt, et le roi George VI [232].

En résumé, le volontarisme absolu, c'est la négation absolue de la volonté. Celle-ci ne sera pas protégée, sans être soumise à la morale naturelle. Le contrat ne sera pas obligatoire sans être juste et équitable.

30. — *LE CONTRAT ET LA PHILOSOPHIE DE LA VIE.*

La philosophie biologiste est une des plus importantes philosophies de notre temps. Et il suffit de mentionner les noms de ses représentants, Bergson et Teilhard de Chardin, pour s'en rendre compte. A en croire Teilhard de Chardin, il s'agit d'un « renversement dans notre représentation de l'Univers » [233]. Dans cette nouvelle conception du monde, la Vie ne serait pas un épipéhnomène, « mais l'essence même du Phénomène » [234]. Ainsi, la biologie ne serait pas autre chose que la physique du très grand Complexe » [235]. Parmi les vivants, l'homme ne saurait être un type comme les autres : « L'homme : ce sera quoi, et en quoi, l'Univers s'enroule » [236]. L'homme est en perpétuelle évolution ; il n'est jamais, mais devient toujours. L'homminisation commença par un passage révolutionnaire de la Vie instinctive à la Réflexion [237]. Mais quels sont les détails

(230) Louis Josserand, *Les dernières étapes du dirigisme contractuel,* D. Ch., 1940, 5.

(231) Waline, *L'individualisme et le droit,* op. cit., p. 86.

(232) Cité par L. Le Fur, *La force obligatoire des traités,* op. cit., p. 107-108.

(233) Teilhard de Chardin, *La place de l'homme dans la nature,* op. cit., p. 32.

(234) *Ibid.,* p. 20.

(235) *Ibid.,* p. 28.

(236) *Ibid.,* p. 45.

(237) *Ibid.,* p. 99.

tions. Et c'est exactement le sens du volontarisme chez Nietzsche. Il s'agit de « la volonté de puissance » et du culte des héros » ([221]). Libéré de la morale, l'homme est depuis lors soumis aux ordres du chef. « Il faut que le grand commande et qu'il instaure, impose, prescrive le système de valeurs qui est le sien ». « Son impératif ne sort pas de la nature des choses » ([222]). Car celle-ci n'existe pas. Il n'y a ni de vérité ([223]), ni de morale rationnelle ou naturelle ([224]). Le droit, comme la morale, c'est la force ([225]).

Il en résulte que le contrat n'a aucune valeur en soi. La valeur d'obligation contractuelle est complètement dépendante de la force de son titulaire. « La valeur d'un homme, dit Nietzsche, doit être la mesure des droits qu'il peut s'arroger » ([226]). Un contractant sans valeur ne saurait profiter du contrat au détriment de son co-contractant puissant, car en ce cas-là, « on devrait le tuer comme une mouche venimeuse », « La plupart des hommes, ajoute-t-il, n'ont aucun droit à l'existence, ils ne sont qu'un fléau pour les hommes supérieurs » ([227]).

Il est donc évident que le volontarisme absolu bat en brèche la liberté contractuelle. D'ailleurs, Nietzsche est conscient de cette vérité, et il le déclare sans équivoque. Il considère la liberté contractuelle comme une sorte de « libertinage », et met ainsi en garde de confondre le principe de « laisser-aller " avc la volonté de puissance (dont il est le contraire) » ([228]).

Ainsi, Hitler, dont le régime n'était pas sans rapport avec la philosophie nietzschienne, a pu déclarer : « Je suis capable, en toute bonne foi, de signer des traités aujourd'hui et de les rompre froidement demain » ([229]). Et tout le monde sait quelles étaient les conséquences de cette « capacité ». Cependant, nous ne voulons pas aller, avec Josserand, jusqu'à dire que « la lutte qui a mis aux prises les démocraties de l'occident avec le Reich a pour origine et

---

(221) Nietzsche, *La volonté de puissance*, op. cit., T. 2, pp. 21, 23, 30, 114, 216, 229, 235, 250, 261, 262, 264, 266, 277, 283, 304, 346. Il est à remarquer qu'avant Nietzsche, l'auteur de la religion de l'humanité dit que « le culte des hommes vraiment supérieurs forme ainsi une partie essentielle du culte de l'humanité ». (A. Comte, *Système de politique positive*, op. cit., T. 2, p. 63).

(222) Nietzsche, *La volonté de puissance*, T. 2, p. 264.

(223) *Ibid.*, T. 2, p. 45, 47, 55, 107.

(224) *Ibid.*, T. 2, p. 17, 31, 49, 51, 91, 101, 104, 251, 260, 350.

(225) *Ibid.*, T. 2, p. 96.

(226) *Ibid.*, T. 2, p. 306 : « Ainsi, le mariage, dit-il, a exactement la valeur de ceux qui le concluent... Quant au « mariage en soi », il n'a aucune valeur, pas plus d'ailleurs qu'aucune institution ». (Nietzsche, *La volonté de puissance*, op. cit., p. 289).

(227) *Ibid.*, T. 2, p. 306.

(228) *Ibid.*, T. 2, p. 31 ; Adde, p. 80, 115.

(229) Cité par Louis Le Fur, *La force obligatoire des traités*, in Arch. de phil. du dr. et de soc. jur., 1940, p. 94, note 1.

juridique tout entier est lui-même obligatoire (212). Celui-ci repose sur une norme fondamentale, qui est elle-même hypothétique, car il n'y a point de norme catégorique (213). Cependant, Kelsen est fortement illogique de nommer sa théorie la théorie pure du droit, car il est formellement engagé dans la voie du positivisme philosophique, et contre toutes les autres philosophies.

29. — *LE CONTRAT ET LA PHILOSOPHIE IRRATIONALISTE.*

Il s'agit d'une philosophie nihiliste qui nie le principe de raison (214). Ses représentants les plus importants sont Schopenhauer et Nietzsche. Et nous nous bornons à étudier le problème moral du contrat chez ce dernier qui est le « messager prophétique » d'irrationalisme, selon l'expression de Bochenski (215).

Pour Nietzsche, le monde est « événement sans plan, sans raison, sans conscience, la pire espèce de nécessité, la sotte nécessité » (216). Cependant, le nihilisme de Nietzsche n'est point « passif », mais « actif » (217). Dieu est mort, l'homme est libre (218). Libérée de la morale, la volonté est souveraine. « La morale est dès maintenant anéantie, dit-il, constatez ce fait ! Ce qui reste, c'est : " Je veux " » (219). Ainsi, ajoute-t-il, « toutes nos forces seront employées au développement de la volonté » (220). Et pour la première fois, nous rencontrons un philosophe volontariste dans le sens parfait du mot. Mais, est-ce vrai que le volontarisme pur aboutit à la liberté de la volonté ? Absolument pas. Le volontarisme absolu aboutit au contraire à l'effacement complet de la volonté. La liberté de la volonté ne peut se trouver que dans un volontarisme modéré sous la tutelle du droit naturel. Si la volonté ne peut rien faire contre le droit naturel, elle a cependant une force morale quand elle y est conforme. Au contraire, si la volonté peut tout faire, une volonté puissante pourrait en écraser une autre moins forte qu'elle. Un contractant aussi fort qu'Hitler pourrait manquer à ses obliga-

(212) H. Kelsen, Id., p. 48.
(213) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 266 et s.
(214) Voir, sur le principe de raison, supra, N° 1.
(215) J.-M. Bochenski, *La philosophie contemporaine en Europe*, op. cit., p. 16.
(216) Nietzsche, *La volonté de puissance*, op. cit., T. 2, p. 46.
(217) *Ibid.*, T. 2, p. 92.
(218) G. Marcel répond, si Dieu est mort, « l'homme est en agonie ». (G. Marcel, *Les hommes contre l'humain*, op. cit., p. 17).
(219) Nietzsche, *La volonté de puissance*, op. cit., T. 2, p. 17.
(220) *Ibid.*, T. 2, p. 246.

Le positivisme philosophique a eu des adhérents parmi les juristes les plus éminents (Duguit, Kelsen). Et il ne sera pas mal d'étudier le problème moral du contrat chez ceux-ci, dont les idées reflètent fidèlement cette philosophie.

1. — Léon Duguit se réclame directement d'A. Comte, et à son exemple, il dénonce la notion du droit subjectif comme notion métaphysique, impliquant une hiérarchie des volontés (204). D'ailleurs, la notion d'obligation doit éviter cette supériorité métaphysique d'une volonté sur une autre. En effet, il n'y a pas d'obligation. Il y a seulement une situation de fait dans laquelle une personne peut mettre en mouvement la force publique pour contraindre une autre à l'accomplissement d'une prestation (205). La source de cette situation est toujours le droit objectif. Le contrat n'est pas source d'obligation. Il n'est qu'un « fait matériel » qui « conditionne la naissance de l'effet du droit conformément au droit objectif, mais qui n'en est pas la cause efficiente » (206). « La volonté, dit-il, ne crée pas la situation de droit » (207). Et cela est vrai, quelle que soit l'espèce d'acte juridique dont il s'agit : acte-règle, acte-condition, ou acte subjectif (208).

2. — De même, la solution adoptée par H. Kelsen est directement inspirée par la philosophie scientifique, qui ne reconnaît pas de droit naturel, ni de justice absolue, ni de morale éternelle (209). Ainsi, la notion de contrat ne saurait donc être une notion éternelle immanente à la morale, car « il n'existe pas une seule morale, qui serait « la morale », mais de nombreux systèmes moraux, extrêmement différents les uns des autres » (210). H. Kelsen est donc conséquent de « constater que le principe politique de l'autonomie en matière de contrats repose sur une conception individualiste ou libérale de la vie, qu'*il n'est pas possible de justifier par la voie objective et rationnelle de la connaissance scientifique* » (211).

Le contrat est obligatoire pour la même raison que l'ordre

---

(204) L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, op. cit., p. 12, 13, 14.

(205) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., T. 1, p. 443.

(206) *Ibid.*, T. 1, p. 251.

(207) *Ibid.*, T. 1, p. 253.

(208) *Ibid.*, T. 1, p. 330. Ainsi, « la théorie célèbre, dite théorie de la volonté, s'effondre tout entière ». (L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T. 1, p. 339).

(209) H. Kelsen, *Justice et droit naturel*, op. cit., 1-123 ; Adde, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 93.

(210) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 93.

(211) H. Kelsen, *La théorie juridique de la convention*, in Arch. de phil. du droit et de soc. jur., 1940, p. 48.

« la liberté du commerce, la liberté d'acheter et de vendre », érigée « en lois éternelles de la nature et de la raison » (195). Et il va sans dire que nous étudions, ici, le problème du contrat dans la philosophie marxiste, sans tenir compte de sa position en Union Soviétique (196). Celle-ci n'est pas encore arrivée, dit-on, au communisme parfait, où disparaîtra l'Etat et le droit !

b) *Le positivisme.*

Le positivisme philosophique remonte au philosophe anglais Bacon, dont se réclame A. Comte dans ses « Cours de philosophie positive » (197). Le positivisme doit beaucoup aussi à Kant qui contestait la possibilité de toute connaissance métaphysique rationnelle (198). Les positivistes contemporains les plus importants se réunissent aujourd'hui dans le « cercle de Vienne » (199). L'attitude de ceux-ci est rigoureusement analytique, logique et scientifique. Selon A. Comte, « il n'y a de connaissances réelles que celles qui reposent sur des faits observés » (200). Sur le plan de la morale comme sur le plan de la connaissance, les positivistes sont extrêmement relativistes. Ils enseignent « l'impossibilité d'obtenir des notions absolues » (201). Il n'y a pas de morale absolue, ni de droit naturel. La notion de contrat, comme toute autre notion, sera relative et changeable. D'ailleurs, la notion de contrat en tant que source d'obligation, et en même temps source de droit subjectif, correspondant, est inconcevable dans la philosophie d'A. Comte qui dénonce la notion de droit subjectif comme « fausse et immorale » (202). « Nul, dit Comte, ne possède plus d'autre droit que celui de toujours faire son devoir » (203).

---

(195) K. MARX et F. ENGELS, *Manifeste du parti communiste*, op. cit., p. 40-41.

(196) Le contrat joue aujourd'hui encore, semble-t-il, un rôle important en Union Soviétique.

(197) A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, T. I, p. 6-7.

(198) KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., p. 206 et s.; J.M. BOCHENSKI, *La philosophie contemporaine en Europe*, op. cit., p. 14.

(199) J.M. BOCHENSKI, *La Philosophie contemporaine en Europe*, op. cit., p 49.

(200) A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, op. cit., T. I, p. 6-7.

(201) A. COMTE, Id., T. I, p. 4. Selon A. Comte, l'homme est soumis à une morale supérieure et indépendante de sa volonté. Mais cette morale est changeable et évolutive. « Les deux éléments, moral et mental, dit Comte de la sagesse humaine, sont eux-mêmes assujettis à des lois indépendantes de nous et seulement plus modifiables que toutes les autres ». (A. COMTE, *Système de politique positive*, op. cit., T. 2, p. 43).

(202) A. COMTE, *Système de politique positive*, op. cit., T. 1, p. 363.

(203) *Ibid.*, t. 1, p. 361.

due du Marxisme s'attache aux autres affirmations de Marx qui n'en vont pas de même. Selon ces dernières affirmations, la philosophie, la morale, le droit, et en général tout le commerce intellectuel sont les produits de la structure économique et de la vie matérielle des hommes. « Ce n'est pas la conscience qui détermine la vie, mais la vie qui détermine la conscience » (190). La vie matérielle ne forme pas seulement la conscience, mais aussi la volonté. Les prétendus actes volontaires sont en effet immanents à la structure économique. La volonté ne dispose de rien.

Dans la célèbre préface de sa « Contribution à la critique de l'économie politique », Marx résume toute sa philosophie dans les termes suivants : « Dans la production sociale de leur existence, les hommes entrent en des *rapports déterminés, nécessaires, indépendants de leur volonté*, rapports de production qui correspondent à un degré de développement déterminé de leurs forces productives matérielles. L'ensemble de ces rapports de production constitue la structure économique de la société, la base concrète sur laquelle s'élève une superstructure juridique et politique et à laquelle correspondent des formes de consciences sociales déterminées » (191). La vie juridique est donc indépendante de la volonté, soit de celle du législateur, soit de celle des individus. C'est une « illusion, dit Marx, que la loi repose sur la volonté » (192). « Cette même illusion des juristes, ajoute-t-il, explique que pour eux, ainsi que pour tout code juridique, il apparaît comme une pure contingence que des individus entrent en rapports entre eux, par contrat par exemple, et qu'à leurs yeux des rapports de ce genre passent pour être ceux auxquels on peut soucrire ou non, selon son gré, et dont le contenu repose entièrement sur la volonté arbitraire et individuelle des contractants » (193). Bref, il n'y a point d'actes volontaires.

D'ailleurs, Marx se déclare ennemi du droit naturel (194). En effet, la philosophie de la matière est incompatible avec la doctrine du droit naturel. Il n'est donc pas question que le contrat relève du droit naturel, car il n'y a ni contrat, ni droit naturel. Ainsi, dans le « Manifeste », Marx dénonce « la conception intéressée de

(190) K. Marx et F. Engels, *L'idéologie allemande*, op. cit., p. 23 ; Adde, p. 22, 24, 28, 38, 52, 53. Nous avons déjà remarqué que Marx ne sait pas distinguer la raison constituante de la raison constituée. Supra, n° 14.

(191) K. Marx, *Contribution à la critique de l'économie politique*, op. cit., p. 4.

(192) K. Marx et F. Engels, *L'idéologie allemande*, op. cit., p. 70.

(193) K. Marx et F. Engels, *L'idéologie allemande*, p. 72-73.

(194) K. Marx, *Différence de la philosophie de la nature chez Démocrite et chez Epicure*, Œuvres philosophiques, Trad. par M. Molitor, T. I, 1926, p. 82 ; *Le manifeste philosophique de l'école de droit historique*, in Œuvres philosophiques, op. cit., T. I, p. 109, 110, 111, 119, 120 ; *Contribution à la critique de la philosophie du droit d'Hegel*, op. cit., p. 84.

Nul ne peut disposer par sa volonté particulière des droits « inaliénables et imprescriptibles » qui constituent sa propre personne et l'essence universelle de sa conscience de soi ([185]). D'aillurs, il y a une relation dialectique entre le contrat et la propriété. Le contrat est un élément constitutif de la propriété, et la propriété est un élément permanent dans le contrat. La synthèse est que chacun des contractants « devient et en même temps reste propriétaire » ([186]). Sans la réalisation de cette synthèse, il n'y a ni contrat, ni propriété. « La règle, dit Hégel, qu'une læsio enormis supprime l'obligation encourue dans le contrat a sa source dans le concept du contrat et, plus particulièrement, dans cet aspect qui fait que dans l'aliénation le contractant doit rester propriétaire et plus précisément, de la même quantité » ([187]). Le contrat à titre onéreux ([188]) ne peut donc aboutir à la perte de la propriété. Sa force obligatoire est dépendante de la réalisation de la synthèse, à savoir l'équivalence dans les prestations.

28. — *LE CONTRAT ET LA PHILOSOPHIE DE LA MATIERE.*

Nous allons étudier le problème moral du contrat dans les deux écoles principales de la philosophie de la matière, à savoir, le matérialisme dialectique et le positivisme.

a) *Le matérialisme dialectique.*

Le matérialisme dialectique ou le matérialisme historique de Karl Marx joue aujourd'hui un rôle immense dans la lutte philosophique pour le droit. En réalité, le dialectique marxiste repose sur une certaine philosophie qui ne ressort absolument pas de la superstructure de son temps et qui s'arroge le droit de diriger l'humanité dans l'avenir.

En dernière analyse, c'est la philosophie qui fait l'histoire et non pas le contraire. Et nous avons déjà démontré cette réalité par des affirmations de Marx lui-même ([189]). Cependant, l'analyse répan-

(185) Hegel, *Principes de la Philosophie du droit,* op. cit., p. 76.

(186) *Ibid.*, p. 83 ; Adde, p. 81.

(187) *Ibid.*, p. 83. Il est à remarquer que M. G. Gurvitch dénonce « le fétichisme des antinomies chez Hegel », et il en donne l'exemple de l'antinomie de la propriété et du contrat. (G. Gurvitch, *Dialectique et sociologie,* op. cit., p. 83).

(188) Il est à remarquer que Hegel admet la donation. Idem, p. 83.

(189) Voir supra, n° 14. Ainsi, M. G. Gurvitch remarque avec raison que « la dialectique historique cache une philosophie de l'histoire. Elle se fonde sur une préconception du destin de l'humanité... Et comme ce destin est connu avant toute dialectique, la dialectique historique de Marx devient dogamique ». (G. Gurvitch, *Dialectique et sociologie,* op. cit., p. 149).

réel. « Ce qui est rationnel, dit-il, est réel, et ce qui est réel est rationnel » (174). L'Etat, donc, est une chose rationnelle en soi (175).

Il est l'incarnation de l'Idée, de la volonté universelle, et de Dieu. « L'Etat, dit Hégel, comme réalité en acte de la volonté substantielle, réalité qu'elle reçoit dans la conscience particulière de soi universalisée, est le rationnel en soi et pour soi » (176). « L'Etat, dit Hégel, encore, est la venue de Dieu sur la terre. Il faut donc adorer l'Etat comme l'incarnation de la divinité sur terre » (177). L'Etat dont parle Hégel est l'Etat dominant dans son époque, et qui est seul « l'incarnation de l'esprit universel ». A l'égard de cet Etat, tous « les autres peuples sont sans droits » (178). Il est donc faux de croire qu'Hégel identifie le droit naturel avec le droit positif de chaque Etat. Pour lui, il y a des Etats qui ne comptent pas dans l'histoire universelle (179), et il y a des lois positives qui sont « injustes en soi et pour soi et irrationnelles ». « Ces lois, dit-il, sont positives dans la mesure où elles ont leur signification et leur utilité d'après les circonstances. Elles n'ont donc qu'une valeur historique et elles sont de nature passagère » (180).

Il est clair, chez Hégel, que la volonté universelle en soi et pour soi qui s'incarne dans l'Etat est autre chose que la volonté subjective et particulière des individus. Les individus ne peuvent pas créer un Etat par leur volonté subjective. « La nature de l'Etat ne consiste pas dans des relations de contrat, qu'il s'agisse d'un contrat de tous avec tous, ou de tous avec le prince ou le gouvernement » (181). L'Etat est d'une nature « plus élevée » que le contrat (182). La volonté contractuelle n'est pas universelle en soi et pour soi. « La volonté identique, dit Hégel, qui devient existante dans le contrat, n'est posée que par ces deux personnes ; *elle est donc commune mais non pas universelle en soi ou pour soi* » (183). La volonté dans le contrat est subjective et arbitraire. Elle « n'a de valeur et de dignité » que si elle est conforme à l'Idée, c'est-à-dire à la volonté universelle en soi et pour soi (184).

---

(174) *Ibid.*, p. 30.

(175) Hegel déclare que son ouvrage « ne veut rien représenter d'autre qu'un essai pour concevoir l'Etat comme quelque chose de rationnel en soi ». HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, op. cit., p. 30.

(176) *Ibid.*, p. 190.

(177) Cité par G. GURVITCH, *Dialectique et Sociologie*, op. cit., p. 90.

(178) HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, op. cit., p. 258.

(179) *Ibid.*, p. 258.

(180) *Ibid.*, p. 38.

(181) *Ibid.*, p. 82.

(182) *Ibid.*, p. 83.

(183) *Ibid.*, p. 82 ; Add., p. 191.

(184) *Ibid.*, p. 113.

DEUXIEME SECTION

LE PROBLEME MORAL DU CONTRAT DANS LA PHILOSOPHIE POST-KANTIENNE

La philosophie post-kantienne se caractérise par ses diverses écoles plutôt que par ses différents philosophes. Autour de chaque école se réunissent un certain nombre de philosophes, qui ne sont pas nécessairement d'accord entre eux sur tous les points. Il arrive même que les philosophes d'une même école sont en pleine divergence sur tous les points de vue, à l'exception d'un seul point qui les tient réunis dans cette même école. Les divergences entre J.-P. Sartre et G. Marcel en est l'exemple.

Dans cette section, nous étudierons successivement le problème moral du contrat dans la philosophie de l'Idée, de la matière, irrationaliste, de la vie, de l'essence, de l'existence et de l'être. Ensuite, nous étudierons le problème chez les sociologues, les anthropologues et les historiens. Ceux-ci font toujours de la philosophie quand ils tirent de leurs études des faits un jugement de valeur.

27. — *LE CONTRAT ET LA PHILISOPHIE DE l'IDEE.*

La philosophie hégélienne de l'Idée a exercé une influence énorme sur la vie du droit [170] et sur les juristes [171]. Dans la terminologie hégélienne, l'Idée, la raison absolue, la volonté universelle en soi et pour soi, et l'Esprit du monde sont des synonymes [172]. Hégel se déclare rationaliste et jusnaturaliste. Il prend la défense de la raison qui est « toujours et sans fin accusée, dénigrée et condamnée » [173]. Hégel enseigne l'identité du rationnel et du

(170) Voir supra, n° 14.

(171) Voir Le système néo-hégélien de J. Kolher. F. Gény, *Science et technique,* op. cit., T. 2, p. 111 et s. — D'ailleurs, F. Gény constate l'influence d'Hégel sur M. Hauriou, idem, T. 2, p. 110.

(172) Hegel, *Principes de la philosophie du droit,* op. cit., p. 30, 33, 50, 54, 55.

(173) *Ibid.,* p. 28, 35.

donc un impératif catégorique, ou une loi universelle de la nature ([167]), à condition que la parole n'aille pas elle-même contre un autre impératif catégorique. Et le conflit, ici, ne sera point un conflit entre deux impératifs catégoriques — car jamais les impératifs catégoriques ne sont contradictoires — mais entre un impératif catégorique et une volonté déterminée par des impératifs hypothétiques, ou par des désirs sensibles. Dans un pareil conflit, c'est la volonté hétéronome qui doit céder, et il n'y a pas une parole à tenir.

En outre, le contrat qui n'était pas contre la morale au moment de sa conclusion, peut devenir contre l'équité à cause de circonstances imprévisibles. « Le domestique, dit Kant, à qui, à la fin de l'année, on paye ses gages en une monnaie qui a perdu de sa valeur dans l'intervalle, et avec laquelle il ne peut plus acheter ce qu'il aurait pu se procurer à l'époque où il a contracté son engagement, ne peut invoquer son droit pour repousser le dommage qu'on lui cause en lui comptant le nombre convenu de pièces de monnaie, mais qui n'ont plus la même valeur ; il ne peut qu'en appeler à l'équité ; car rien n'a été stipulé à cet égard dans le contrat, et un juge ne peut prononcer là où les conditions n'ont pas été parfaitement déterminées » ([168]). Et selon l'équité, « l'extrême droit est l'extrême injustice (summum jus, summa injura), et c'est le « tribunal de la conscience » qui décide ici et non pas le « tribunal civil » ([169]).

On concluera que le contrat, chez Kant, relève d'un impératif technique et non pas catégorique, et que la volonté dans le contrat est soumise à la volonté législatrice universelle de l'homme, membre du monde intelligible, et que la fidélité à la parole donnée est exigée par un impératif catégorique, à condition que cette parole n'aille pas elle-même contre un autre impératif catégorique. Enfin, le contrat qui ne contredit pas au début la morale peut devenir, à cause des circonstances imprévisibles, contraire à l'équité et à la justice.

---

(167) Kant, *La doctrine du droit*, op. cit., p. 106.

(168) *Ibid.*, p. 50.

(169) *Ibid.*, p. 51. Il y aura lieu, plus loin, d'exposer les propos d'Aristote, selon lesquels le juste et l'équitable sont identiques. (Aristote, *Ethique de Nicomaque*, 5, 10).

La volonté contractuelle relève donc d'un impératif hypothétique ou technique, et non pas d'un impératif catégorique. Cependant, elle est soumise moralement à l'impératif catégorique de la volonté législatrice de l'homme membre du monde intelligible. Moralement, la volonté contractuelle n'est point libre.

En effet, il n'y a qu'un impératif catégorique et c'est celui-ci : « Agir uniquement d'après la maxime qui fait que tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle » ([160]). Mais le même impératif peut s'exprimer en d'autres termes : « Agir de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen » ([161]). Et tout contrat qui contredit cet impératif est moralement nul. Ainsi, personne ne peut disposer de sa liberté. « Nul, dit Kant, ne peut s'engager par un contrat à une dépendance telle qu'il cesse d'être une personne » ; « il ne peut donc s'engager qu'à des travaux déterminés quant au degré aussi bien quant à la nature » ([162]). Il faut donc admettre que les contrats du travail étaient souvent, au début du libéralisme, dirigés contre la morale. Que le travailleur acceptait de travailler dans les pires conditions, déterminé par ses besoins. Que le patron imposait aux travailleurs des clauses abusives, déterminé par son désir de gain. Il n'en est pas moins vrai que ce contrat traitait l'ouvrier comme un simple moyen ([163]).

D'ailleurs, un contractant ne peut pas s'engager avec l'intention de ne pas remplir son obligation, car dans ce cas-là, il traite son co-contractant comme un moyen d'enrichissement et non pas comme une fin en soi ([164]). En effet, la volonté législatrice ne peut pas ériger l'infidélité à la promesse comme une loi universelle de la nature ([165]). « C'est bien plutôt la maxime opposée qui doit rester universellement une loi » ([166]). La fidélité à la parole donnée est

---

(160) *Ibid.*, p. 136.

(161) *Ibid.*, p. 150.

(162) Kant, *La doctrine du droit*, op. cit., p. 195 ; Adde, Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., p. 150.

(163) « Ecoutez, par exemple, dit M. A. Piettre, ce que pouvait écrire l'un des docteurs du libéralisme en plein XIXe siècle (1862) : « Au point de vue économique, les travailleurs doivent être considérés comme de véritables machines, ce sont des machines qui fournissent une certaine quantité de force productive et qui exigent en retour certains frais d'entretien pour pouvoir fonctionner d'une manière régulière et continue ». A. Piettre, *Sur le christianisme social*, in La révélation chrétienne et le droit, Dalloz, op. cit., p. 35.

(164) « Celui, dit Kant, qui a l'intention de faire à autrui une fausse promesse s'apercevra aussitôt qu'il veut se servir d'un autre homme simplement comme d'un moyen, sans que ce dernier contienne en même temps la fin en lui-même ». Kant, *Les fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., p. 152.

(165) *Ibid.*, p. 139.

(166) *Ibid.*, p. 143.

reusement nécessaire » ([151]). Selon Kant, l'homme est membre des deux mondes à la fois : un monde sensible et un monde intelligible ([152]). La volonté législatrice est celle de l'homme, membre du monde intelligible. Dans ce cas, la volonté est « la faculté de se déterminer soi-même à agir conformément à la représentation de certaines lois » ([153]). Ces lois doivent être objectives, c'est-à-dire universellement valables pour tout être raisonnable ([154]). La volonté, ainsi comprise, c'est la volonté pure. Mais, si la volonté est pure, à quoi sert donc l'impératif ? Car « si je n'étais que cela, toutes mes actions seraient toujours conformes à l'autonomie de la volonté » ([155]). L'impératif est concevable parce que l'homme n'est seulement membre du monde intelligible, mais il est aussi et en même temps membre du monde sensible. Sa volonté est toujours « affectée par des désirs sensibles » ([156]), ou déterminée par des maximes subjectives, et « il en résulte toujours une hétéronomie » ([157]). En résumé, la volonté de l'homme membre du monde sensible est soumise à la loi de l'homme membre du monde intelligible, et l'un et l'autre sont une seule personne.

Et il est hors de doute que la volonté dans le contrat n'est pas la volonté législatrice dont parle Kant. La volonté contractuelle est toujours intéressée et non point pure. Le contractant a toujours un intérêt matériel ou moral à retirer du contrat. Le contractant ne s'oblige jamais parce qu'il doit s'obliger. Mais il s'oblige parce qu'il vise un certain but, parce que sa volonté est déterminée par un certain motif, ou parce que l'autre contractant s'oblige également à lui rendre l'équivalent de son engagement ([158]). La volonté contractuelle est le type même d'une volonté hétéronome, c'est-à-dire déterminée par des intérêts et non pas par des lois universelles. Elle « ne peut rendre possibles que des impératifs hypothétiques ; je dois faire cette chose, parce que je veux cette autre chose » ([159]).

---

(151) *Ibid.*, p. 79.

(152) *Ibid.*, p. 193.

(153) *Ibid.*, p. 147.

(154) *Ibid.*, p. 147.

(155) *Ibid.*, p. 194. L'impératif n'est pas concevable, non plus à l'égard d'une volonté sainte. « La volonté dont les maximes s'accordent nécessairement avec les lois de l'autonomie est une volonté sainte, absolument bonne. La dépendance d'une volonté qui n'est pas absolument bonne à l'égard du principe de l'autonomie (la contrainte morale), c'est l'obligation. L'obligation ne peut donc être rapportée à un être saint ». (KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., p. 168, 169).

(156) *Ibid.*, p. 194.

(157) *Ibid.*, p. 170.

(158) Nous faisons ici allusion à la théorie de la cause.

(159) KANT, *Les fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., p. 170.

toire. Il n'est obligatoire que quand il est juste et parce qu'il est juste, et non pas parce qu'il est contrat.

26. — *LE PROBLEME MORAL DU CONTRAT CHEZ KANT.*

Il est temps d'envisager la position de l'auteur de l'autonomie de la volonté, de l'impératif catégorique, de la raison pure, de la raison pratique, et de la raison pure pratique. Dès le début, il faut souligner la différence entre le principe kantien de l'autonomie de la volonté et le principe juridique connu sous le même nom. En effet, la volonté juridique manifeste une hétéronomie et non pas une autonomie de la volonté. Et, pour en donner les explications, il faut d'abord fixer la terminologie kantienne.

La raison pure, c'est la raison spéculative, c'est-à-dire la faculté de représentation. La raison pratique, c'est la volonté. La morale kantienne repose sur l'unification des deux raisons, car il n'y a en réalité qu'une seule raison, c'est la raison pure pratique. « Je crois indispensable, dit-il, de montrer en même temps l'unité de la raison pratique avec la raison spéculative dans un principe commun ; car, en fin de compte, il ne peut pourtant y avoir qu'une seule et même raison, qui ne doit souffrir de distinction que dans ses applications » (144).

Le principe de l'autonomie de la volonté est le principe suprême de la moralité (145), qui consacre la dignité de l'homme (146), et la laïcité de la morale (147). Ce principe consiste à ériger la raison pratique (la volonté) en législatrice universelle de la morale (148). La volonté est la source de l'impératif catégorique. Est-ce à dire que la volonté est libre de tout faire ? Non pas. La volonté est soumise à la loi morale dont elle est l'auteur (149). Mais « il y a ici, on doit l'avouer franchement, dit Kant, une espèce de cercle vicieux manifeste » (150). Cependant, il est possible d'en sortir en faisant appel à la métaphysique. « Une métaphysique des mœurs est donc rigou-

---

(144) KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., p. 83.

(145) *Ibid.*, p. 169.

(146) *Ibid.*, p. 160.

(147) *Ibid.*, p. 174.

(148) *Ibid.*, p. 154, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 167, 168, 180, 183.

(149) « La volonté n'est donc pas soumise à la loi, dit Kant ; mais elle y est soumise de telle sorte qu'elle doit être regardée également comme instituant elle-même la loi, et comme n'y étant avant tout soumise que pour cette raison ». KANT, *Les fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., p. 154.

(150) *Ibid.*, p. 187.

n'étaient pas libres de ne pas conclure le pacte social, car dans un certain moment « l'état primitif ne peut plus subsister ; et le genre humain périrait s'il ne changeait de manière d'être » (135).

D'ailleurs, les hommes ne sont point libres de déterminer les clauses du contrat, car « les clauses de ce contrat, dit-il, sont tellement déterminées par la nature de l'acte que la moindre modification les rendrait vains et de nul effet » (136).

L'âme du contrat social, c'est l'équivalence. Ainsi, « on gagne, dit-il, l'équivalent de tout ce qu'on perd, et plus de force pour conserver ce qu'on a » (137). Et le contrat qui ne se conforme pas à la raison et à la justice commutative est nul (138).

En effet, J.-J. Rousseau affirme sans équivoque que la volonté n'est pas la source du juste. « Ce qui est bien et conforme à l'ordre, dit-il, est tel par la nature des choses et indépendamment des conventions humaines. Toute justice vient de Dieu, lui seul en est la source » (139).

Et cela n'empêche pas que le contrat a une importance énorme en tant que moyen technique nécessaire, pour traduire le juste, si on veut « considérer humainement les choses » (140). Mais jamais il ne faut perdre de vue que le contrat relève de l'art et de l'artifice. « La constitution de l'homme, dit-il, est l'ouvrage de la nature ; celle de l'Etat est l'ouvrage de l'art » (141). Mais aussi, à considérer humainement les choses, il faut avouer que la volonté s'égare quelquefois. C'est pourquoi Rousseau affirme clairement qu' « il faut obliger les uns (les particuliers) à conformer leurs volontés à leur raison » (142). Et c'est à la loi de remplir ce devoir, à condition que la loi soit l'œuvre « d'un homme extraordinaire », à l'image de ce législateur mystérieux dont il parle (143).

Après toutes ces affirmations, peut-on dire que Rousseau est volontariste ? Absolument. Le contrat n'est pas toujours obliga-

(135) J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., Liv. 1, ch. 6, p. 60.

(136) J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., Liv. 1, ch. 6, p. 61.

(137) *Ibid.*, Liv. 1, ch. 6, p. 62.

(138) Ainsi, « c'est une convention vaine et contradictoire, dit-il, de stipuler d'une part une autorité absolue, et de l'autre une obéissance sans borne » (*Du contrat social*, op. cit., Liv. 1 ,ch. 4, p. 56).

(139) J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., Liv. 2, ch. 6, p. 81.

(140) *Ibid.*, Liv. 2, ch. 6, p. 81.

(141) *Ibid.*, Liv. 3, ch. 11, p. 134 ; Rousseau entend parler de la constitution d'un état déterminé, qui naît d'un contrat, et en conséquence relève de la technique, et non pas du fondement de l'Etat en général, qui relève de la nature des choses. Rapp. J. Dabin, *L'Etat ou le politique*, op. cit., p. 199.

(142) J.-J.- Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., Liv. 2, ch. 6, p. 84.

(143) *Ibid.*, Liv. 2, ch. 6, 7. p. 83 et s.

Car la société est avant tout « une société de créateurs raisonnables, qui ont formé une communauté pour leur mutuel avantage » ([129]). Ainsi, aucun contrat ne peut instaurer un « pouvoir absolu et arbitraire » ([130]). Aucun contrat ne peut non plus abolir le droit du peuple de se révolter contre les lois injustes ([131]).

Il en résulte que la force obligatoire du contrat ne découle pas du consentement même, mais de la conformité du consentement à la raison naturelle. Et il en résulte aussi que la force obligatoire du contrat rationnel ne découle pas de quelque pouvoir que ce soit. Ainsi, « les promesses et les conventions, dit Locke, entre un Suisse et un Indien dans les forêts d'Amérique, ont pour eux force obligatoire, bien qu'ils restent parfaitement, au regard l'un de l'autre, dans l'état de nature ; car l'honnêteté et le respect de la parole donnée sont le fait des hommes en tant qu'hommes et non en tant que membres d'une société » ([132]).

Ni le consentement, ni le pouvoir, ne sont le fondement de la force obligatoire du contrat. Car ni l'un ni l'autre ne peuvent obliger moralement à tenir un engagement injuste. Le contrat obligatoire, c'est le contrat juste et conforme à la raison.

25. — *LE PROBLEME MORAL DU CONTRAT CHEZ J.-J. ROUSSEAU.*

Avec J.-J. Rousseau, la doctrine du contrat social a pris sa dernière forme, et depuis lors elle n'a guère évolué. Avec J.-J. Rousseau, comme avant lui, la doctrine du contrat social faisait la défense de la volonté contre la violence et la contrainte, mais non point contre la raison et le droit naturel. La volonté ne peut rien faire contre la morale naturelle. Et surtout, « il ne dépend d'aucune volonté de consentir à rien contraire au bien de l'être qui veut » ([133]). Dire donc que Rousseau est un volontariste absolu, c'est confirmer la remarque de Bergson selon laquelle Rousseau est l'homme qu'on discute sans le connaître ([134]).

En effet, le contrat social, chez J.-J. Rousseau, c'est le contrat juste et rationnel et non pas le contrat volontaire. Les hommes

(129) *Ibid.*, ch. 14, p. 170.

(130) *Ibid.*, ch. 11, p. 152.

(131) *Ibid.*, ch. 14, p. 173.

(132) *Ibid.*, ch. 2, p. 70.

(133) Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, présenté par Henri Guillemin, Union Générale d'Editions, 1963, Liv. 3, ch. 1, p. 70.

(134) Henri GUILLEMIN, *Présentation du contrat social*, op. cit., p. 5.

24. — *LE PROBLEME MORAL DU CONTRAT CHEZ LOCKE.*

Jusnaturaliste orthodoxe, De John Locke vint protester contre les erreurs de son compatriote Thomas Hobbes. Le droit naturel aboutit au positivisme juridique, mais non point à l'absolutisme et l'arbitraire. « Ainsi, dit-il, la loi naturelle subsiste comme une règle éternelle pour tous les hommes, pour les législateurs aussi bien que pour les autres » (120). La loi naturelle, c'est « la loi de la raison » (121). Celle-ci est « la commune règle et mesure donnée par Dieu au genre humain » (122), à laquelle personne ne peut déroger. Ni la volonté des particuliers, ni celle du législateur ne peuvent contredire la raison naturelle. Et, si Locke était le défenseur de la volonté, c'était contre la violence et la contrainte, mais point contre la raison. Car la volonté est toujours soumise à la raison. Ainsi, la doctrine du contrat social selon laquelle toutes « les sociétés politiques sont nées d'une union volontaire et du consentement mutuel d'hommes » (123), ne signifie autre chose que la société civile ne peut être créée par la force et l'assujettissement. Le consentement doit être la source directe d'une société civile déterminée. Personne ne peut être contraint à se soumettre au pouvoir politique « sans son propre consentement » (124). Mais, si irremplaçable qu'il soit, le contrat social n'est que la source instrumentale de l'Etat et non pas son fondement ultime. Le fondement de l'Etat, c'est la raison naturelle et Dieu son créateur. « Dieu, dit Locke, a certainement institué le pouvoir civil pour réprimer la partialité et la violence des hommes » (125). En tant que moyen technique nécessaire pour la réalisation de la raison naturelle, le contrat doit aussi se conformer à celle-ci. Le contrat social n'est pas le contrat volontaire, mais le contrat rationnel. « Car ce n'est pas n'importe quel pacte qui met un terme à l'état de nature entre les hommes » (126). Le contrat entre les hommes doit aboutir à son but, à savoir, « la sauvegarde mutuelle de leurs vies, de leurs libertés et de leurs biens » (127), « et aucun contrat ne peut « y porter atteinte (128).

---

(120) De John Locke, *Essai sur le pouvoir civil,* trad. par J.-L. Fyot, P.U.F., 1953, ch. 10, p. 151.

(121) *Ibid.,* ch. 3, p. 72 ; Adde, p. 64, 66, 68, 73, 79, 81, 127, 144, 154, 170, 171, 177.

(122) *Ibid.,* ch. 2, p. 68.

(123) *Ibid.,* ch. 8, p. 129.

(124) *Ibid.,* ch. 8, p. 123.

(125) *Ibid.,* ch. 2, p. 69.

(126) *Ibid.,* ch. 2, p. 70.

(127) *Ibid.,* ch. 9, p. 141.

(128) *Ibid.,* ch. 15, p. 177.

disposer librement, Hobbes entend surtout les droits de la personnalité.

Selon Hobbes, le contrat est soumis au principe de la justice commutative ([115]), et à l'instar d'Aristote, l'équivalence dans le contrat, c'est l'équivalence voulue. « The value of all things contracted for, is measured by the Appetite of the contractors : and therefore the juste value, is that they be contented to give » ([116]).

Mais plus importante encore l'affirmation de Hobbes, selon laquelle la force obligatoire du contrat découle du principe de la justice commutative. C'est la justice commutative qui fait le contrat obligatoire. « From that law of nature, dit-il, by which we are obliged to transform to another such rights, as being retained, hinder the peace of mankind, there followeth a third ; which is this, that men performe their covenants made : without which, covenants are in vain, and but Empty words » ([117]).

Et, comme Saint Thomas, Hobbes ne considère pas les libéralités comme des contrats à l'encontre de la langue juridique moderne : « This is not contract, dit-il, but gift » ([118]). Par définition donc, le contrat est un acte de justice commutative.

On conclura que Hobbes n'est pas le père du contrat social, c'est Platon qui en est le père.

D'ailleurs, Hobbes n'est pas un volontariste absolu, car la volonté ne peut rien faire contre le droit naturel. La force obligatoire du contrat découle de sa conformité, réelle ou présumée, à la justice commutative. Cependant, le jusnaturalisme d'Hobbes marque une déviation dans la doctrine du droit naturel et aboutit ainsi à l'absolutisme du pouvoir ([119]).

---

(115) Voir, sur la justice distributive et la justice commutative, T. Hobbes, *Leviathan*, op. cit., ch. 15, p. 77 et s.

(116) *Ibid.*, ch. 15, p. 78.

(117) *Ibid.*, ch. 15, p. 74.

(118) *Ibid.*, ch. 14, p. 69.

(119) La déviation de Hobbes consiste à identifier le droit naturel et le droit positif. Selon lui, la raison dont découle le droit naturel ou rationnel, c'est la raison de l'Etat. « But the reason of this our artificial man the commonwealth, dit-il, and his command, that maketh law » (*Leviathan*, op. cit., ch. 26, p. 143). Ainsi, affirme-t-il, « the law of nature, and the civil law, contain each other, and are of equal extent » (*ibid.*, ch. 26, p. 141). Mais, pour notre part, nous nous tenons au dualisme entre le droit positif et le droit naturel. La doctrine de Hobbes est inacceptable pour ne pas dire « absurde », comme le dit Max Scheler (Max Scheler, *Le formalisme en éthique*, op. cit., p. 336).

Hobbes est sans doute l'un des plus importants partisans du contrat social, mais il n'en est pas l'inventeur. C'est plutôt chez Platon [109] et Aristote [110] qu'il faut chercher l'origine de cette théorie. Développée et mise au point, la doctrine du contrat social n'a pas beaucoup changé depuis lors [111]. Avant Hobbes, et avec lui, le fondement de l'Etat est le même, à savoir le droit naturel et non pas le consentement. Celui-ci n'est que le moyen technique pour la mise en œuvre des préceptes de la nature. La morale naturelle ordonne le consentement de conclure un contrat social dont les clauses seront déterminées par la morale même. Le consentement ne dispose de rien. Il est donc faux de croire que la doctrine du contrat social aboutisse au volontarisme absolu. Selon Hobbes, le droit naturel ordonne à l'homme de chercher la paix. Si l'état de nature est un état de guerre, l'homme doit en sortir. Le premier précepte du droit naturel, dit Hobbes, « is, to seek peace, and follow it » [112]. De ce premier impératif découle un autre impératif, selon lequel l'homme doit former avec les autres hommes une société civile, où chacun renonce à son droit de tout faire pour défendre soi-même. « From this fundamentall law of nature, dit Hobbes, by which men are commanded to endeavor peace, is derived this second law ; that a man be willing, when others are so too, as fareforth, as for peace, and defence of himself he shall think it necessary, to lay down this right to all things » [113]. Par cette renonciation réciproque se forme la société civile.

Et il en résulte qu'il y a une différence entre le fondement de l'Etat en général qui est le droit naturel, et la source directe d'un Etat déterminé qui est le contrat. L'Etat en général relève de la nature, mais un état déterminé se réalise par le moyen d'un contrat qui met en œuvre les impératifs du droit naturel sans pouvoir y déroger.

Hobbes affirme clairement que la volonté n'est pas libre de tout faire. Surtout la volonté ne peut pas être préjudiciable à son auteur, car dit-il « of the voluntary acts of every man, the object is some good to himself. And therefore there be some Rights, which no man can be understood by any words, or other signs, to have abandoned, or transferred » [114]. Et parmi ces droits dont la volonté ne peut pas

---

(109) PLATON, *Les Lois*, op. cit., III, 684, a.

(110) ARISTOTE, *Politique*, op. cit., Liv. 2, ch. 5, p. 44 et s.

(111) La notion du contrat social n'a jamais cessé de se faire jour. Ainsi, P.-M. France préconise la conclusion d'un « contrat politique » pour établir la « république moderne » (P.-M. FRANCE, *La République moderne*, Collection Idées, 1962, p. 8).

(112) T. HOBBES, *Leviathan*, J.-M. Dent, London, 1959, ch. 14, p. 67.

(113) *Ibid.*, ch. 14, p. 67.

(114) *Ibid.*, ch. 14, p. 68.

Selon lui, l'homme vit dans l'illusion et par sa raison, et par sa volonté. Cependant, l'imagination est un instrument nécessaire pour la vie car « elle fait la beauté, la justice et le bonheur, qui est le tout du monde » (100). Et cela explique le positivisme de Pascal (101).

En revanche, le Pascal croyant fait sortir la volonté de l'imagination, non pas pour la libérer, mais pour la soumettre à la volonté de Dieu. « Changeons la règle, dit-il, que nous avons prise jusqu'ici pour juger ce qui est bon. Nous en avions pour règle notre volonté, prenons maintenant la volonté de Dieu : tout ce qu'il veut nous est bon et juste, tout ce qu'il ne veut pas, mauvais et injuste » (102). Car, celui qui adhère à Dieu fait partie de lui (103), et la volonté de la partie doit être soumise à la volonté du tout (104). Si, donc, la volonté n'est pas soumise au droit rationnel, il n'en est pas moins vrai qu'elle est soumise à la volonté révélée de Dieu. Et Pascal renvoie expressément à la morale chrétienne (105). Celle-ci exige de l'homme qu'il soit parfait comme Dieu (106). Et Dieu, c'est l'amour. L'amour chrétien est en effet supérieur même à la loi de réciprocité (107). En effet, la liberté contractuelle ne respecte pas toujours la morale chrétienne, et l'étude classique de G. Ripert en la matière en est témoin (108). Ainsi, la validité morale du contrat, et en conséquence sa force morale, ne vient pas du consentement, mais de la conformité du consentement à la morale.

En résumé, ni le Pascal sceptique, ni le Pascal croyant ne sont des volontaristes. Quelquefois, la volonté s'égare dans l'imagination, et quelquefois elle est soumise à la volonté de Dieu.

23. — *LE PROBLEME MORAL DU CONTRAT CHEZ HOBBES.*

Hobbes est souvent considéré comme le premier théoricien du contrat social, et en conséquence le père du volontarisme.

---

(100) *Ibid.*, n° 104, p. 69.

(101) *Ibid.*, n° 229, p. 117 ; n° 236, p. 121 ; n° 287, p. 136.

(102) *Ibid.*, n° 648, p. 355, 356.

(103) *Ibid.*, n° 710, p. 374.

(104) « Si les pieds et les mains, dit Pascal, avaient une volonté particulière, jamais ils ne seraient dans leur ordre qu'en soumettant cette volonté particulière à la volonté première qui gouverne le corps entier ». PASCAL, *Pensées*, op. cit., n° 706, p. 373.

(105) *Ibid.*, n° 732, p. 384.

(106) SAINT MATTHIEU, 5, 48.

(107) *Ibid.*, 5, 39 ; 40 ; 41 ; 42.

(108) G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 5, 6, 38, 40, 56, 74, 96 ; G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, op. cit., p. 165 et s.

doute des lois naturelles ; mais cette belle raison corrompue a tout corrompu » [90]. Pascal est plutôt un chercheur embrasé de la justice, mais il n'en est point un négateur. La meilleure analyse de Pascal, croyons-nous, est celle de Jean Guitton, selon laquelle il y a deux Pascal : un sceptique et un croyant. Le Pascal sceptique nie la morale rationnelle ou le droit rationnel : « Rien, suivant la seule raison, n'est juste en soi ; tout branle avec le temps » [91]. Le Pascal croyant trouve la certitude dans la foi et la révélation [92]. Ni l'un ni l'autre ne sont des libérateurs de la volonté.

Le Pascal sceptique minimise la volonté autant que la raison. L'homme ne fait pas d'actes vraiment volontaires, car il vit toujours dans « l'imagination » et « l'illusion » [93]. L'imagination dispose de tout. « L'esprit croit naturellement, dit Pascal, et la volonté aime naturellement; de sorte que, faut de vrais objets, il faut qu'ils s'attachent aux faux » [94]. Les actes de volonté sont en réalité des actes de concupiscence. Pascal le dit clairement: « La concupiscence, dit-il, et la force sont les sources de toutes nos actions : la concupiscence fait les volontaires ; la force, les involontaires » [95]. Sous aucune forme, la volonté ne peut exprimer la justice. Ni la volonté des particuliers, ni le « consentement général » [96] du peuple, ni les jugements des tribunaux [97], ne sont la source du juste. Tous « nos instruments, dit Pascal, sont trop mousses pour y toucher exactement » [98].

Le mépris de Pascal pour les juges est énorme. « Leurs robes rouges, dit-il,... les palais où ils jugent, les fleurs de lis, tout cet appareil auguste était fort nécessaire » pour couvrir leur insuffisance [99]. Bref, les actes volontaires ne relèvent pas de la justice, mais de l'imagination. Pascal n'est ni rationaliste, ni volontariste.

---

(90) Pascal, *Pensées*, n° 228, p. 118.

(91) Pascal, *Pensées*, op. cit., n° 228, p. 119 ; Add., n°s 465, 466, p. 233. En effet, il ne faut pas identifier complètement le droit naturel et le droit rationnel, car on peut connaître le droit naturel par des moyens autres que la raison. Ainsi, F. Gény parle de l'identité de représentation chez les êtres pensants, qui ocmporte à côté de la raison d'autres facultés comme l'intuition par exemple. F. Gény, *Science et technique*, op. cit., T. 1, p. 86, 133, 138, 143, 185, 193, 201, 206, 211 ; T. 2, p. 2, 8, 123. Et il y aura lieu, plus loin, d'étudier l'expérience phénoménologique, à savoir la perception affective qui aboutit aussi à la morale éternelle et absolue.

(92) Pascal, *Pensées*, op. cit., n° 438, p. 209 ; n° 533, p. 280 ; n° 648, p. 355.

(93) *Ibid.*, n° 104, p. 65 et s. ; n° 310, p. 145.

(94) *Ibid.*, n° 103, p. 65.

(95) *Ibid.*, n° 247, p. 124.

(96) *Ibid.*, n° 249, p. 125.

(97) *Ibid.*, n° 104, p. 68.

(98) *Ibid.*, n° 104, p. 71.

(99) *Ibid.*, n° 104, p. 68.

« Je me formai une morale par provision, dit-il, qui ne consistait qu'en trois ou quatre maximes, dont je veux bien vous faire part. La première était d'obéir aux lois et aux coutumes de mon pays » (84). Et, nous avons déjà montré que cette attitude est à peu près la même chez tous les grands jusnaturalistes. La morale de Descartes n'est pas très favorable au contrat. Il ne méconnaît pas la nécessité de tenir l'engagement contractuel « pour la sûreté du commerce » (85). Mais le contrat lui-même n'est pas une expression de la liberté. Tout au contraire, il est dirigé contre elle. Car, une fois qu'on s'engage, on n'est plus libre. Notre liberté d'aujourd'hui porte atteinte à notre liberté de demain et cela est mauvais en soi. « Tout excès ayant coutume d'être mauvais... Et, particulièrement, dit Descartes, je mettais entre les excès toutes les promesses par lesquelles on retranche quelque chose de sa liberté » (86). Descartes n'interdit pas « qu'on fasse des contrats qui obligent à y persévérer » (87) ; « mais à cause que je ne voyais au monde aucune chose, dit-il, qui demeurât toujours en même état,... j'eusse pensé commettre une grande faute contre le bon sens si, pour ce que j'approuvais alors quelque chose, je me fusse obligé de la prendre pour bonne encore après, lorsqu'elle aurait peut-être cesé de l'être » (88).

Bref, le contrat est contre le bon sens, car il est un acte d'anticipation dans un monde plein d' « imprévisibilités ».

22. — *LE PROBLEME MORAL CHEZ PASCAL.*

Nous avons vu que la volonté est soumise au droit naturel ou rationnel. La volonté ne serait absolument libre qu'en se libérant de cette soumission. C'est donc chez les ennemis du droit naturel qu'il faut trouver les libérateurs de la volonté. Pascal en est-il un ? En effet, Pascal est toujours considéré comme un ennemi du droit naturel. Dans des passages clairs et nets, Pascal le réfute (89), sans équivoque. Cependant, la lecture de ses « Pensées » nous donnait souvent l'impression que Pascal n'en est pas un adversaire absolu. Cette impression a été confirmée par une phrase, où il déclare « qu'il y a sans

---

(84) R. Descartes, *Discours de la méthode*, op. cit., 3e partie, p. 27.

(85) R. Descartes, *Discours de la méthode*, op. cit., 3e partie, p. 28.

(86) R. Descartes, *Discours de la méthode*, op. cit., 3e partie, p. 28.

(87) *Ibid.*, 3e partie, p. 28.

(88) *Ibid.*, 3e partie, p. 28.

(89) « Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreurs au-delà, etc... ». Pascal, *Pensées*, L.P.C., présenté par Jean Guitton, n° 230, p. 118 ; Add., n° 252, p. 126 ; n° 287, p. 137 ; n° 414, p. 202 ; n° 483, p. 242.

21. — *LE PROBLEME MORAL DU CONTRAT CHEZ DESCARTES.*

On a quelquefois exagéré l'influence de Descartes sur le droit civil. Selon Duguit, « le " je pense, donc je suis " de Descartes est le germe puissant qui enfante la déclaration des droits de l'homme et tout le Code Napoléon » ([75]). En effet, la vérité n'est pas toute simple. L'influence de Descartes sur la pensée moderne est incontestable. Et aujourd'hui encore, il exerce son influence sur des tendances philosophiques très diverses. Les grands rationalistes se réclament encore de lui. Ainsi, Lalande donne à la raison le sens cartésien de ce mot, à savoir le bon sens ([76]). D'ailleurs, le cogito cartésien est le point de départ de l'existentialisme athée qui aboutit à une réfutation catégorique de la philosophie de Descartes ([77]). Il est donc vraisemblable que les rédacteurs du Code Napoléon ont subi l'influence de la philosophie cartésienne, mais cela ne permet pas d'établir un lien direct entre le cogito et le Code.

En effet, Descartes est l'un des plus éminents jusnaturalistes de l'histoire. Son « Discours de la méthode » marque la victoire de la raison contre le doute. A l'encontre des sceptiques, qui « ne doutent que pour douter », Descartes doute « pour trouver le roc ou l'argile » ([78]). L'origine de la divergence entre les hommes est la différence de leur méthode, et non pas de leur raison, car la raison est unique pour tout le monde ([79]). La fausse méthode aboutit toujours à un résultat faux. La méthode cartésienne se résume en deux formules, l'une négative, et l'autre positive. D'abord, il faut rejeter comme absolument faux tout ce en quoi on pourrait imaginer le moindre doute ([80]). Au contraire, « les choses que nous concevons fort clairement et fort distinctement sont toutes vraies » ([81]).

La seule source de la morale est « la lumière naturelle » de la raison et non pas la coutume ([82]). Car il y a des coutumes irrationnelles ([83]). Cependant, Descartes se déclare positiviste, car le maintien de l'ordre dans l'Etat constitue un donné moral de premier ordre.

---

(75) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., T. 1, 1927, p. 20.

(76) A. Lalande, *La raison et les normes*, op. cit., p. 5.

(77) J.-P. Sartre, *L'existentialisme est un humanisme*, Collection Pensées, 1961, p. 64-66.

(78) René Descartes, *Discours de la méthode*, Union Générale d'Editions, Paris, 1962, 3e partie, p. 32.

(79) R. Descartes, *Discours de la méthode*, op. cit., 1re partie, p. 9.

(80) R. Descartes, *Discours de la méthode*, op. cit., 4e partie, p. 35.

(81) R. Descartes, *Discours de la méthode*, op. cit., 4e partie, p. 37.

(82) R. Descartes, *Discours de la méthode*, op. cit., 1re partie, p. 16.

(83) R. Descartes, *Discours de la méthode*, op. cit., 2e partie, p. 21 ; 4e partie, p. 35.

« le transfert volontaire d'une propriété ne concerne la justice que pour autant qu'elle soulève une question de dette » (69). Et, dans ce dernier cas, il faut toujours observer la loi de « réciprocité » (70).

A l'instar d'Aristote, Saint Thomas a fait confiance au juge pour assurer la justice commutative, car « le juge, dit-il, est la justice vivante » (71).

La notion de la justice commutative aboutit à la notion du juste prix. Saint Thomas va jusqu'à dire que la monnaie a été inventée pour réaliser la justice commutative, car l'échange des choses n'aboutit pas toujours à « la parfaite égalité » étant donné qu'une chose peut être plus considérable que l'autre. Mais par le moyen de la monnaie, on peut toujours mesurer la valeur des choses (72).

En effet, la notion du juste prix ne manque pas d'adversaires. Selon H. Kelsen, il n'y a aucune valeur immanente à la chose selon laquelle se détermine son prix. C'est le prix qui détermine la valeur de la chose et non pas le contraire. Le prix lui-même se détermine selon des manières différentes d'après les circonstances. Il se détermine dans le cadre d'une économie dirigée par une réglementation autoritaire, et dans le cadre d'une économie libérale par l'offre et la demande (73). L'objection de H. Kelsen n'est pas sans fondement (74), mais elle n'est pas opérante. En réalité, on peut toujours trouver la valeur immanente à la chose dans son coût de production. Et quand l'autorité publique fixe le prix selon le coût de production, cela signifie que c'est la valeur de la chose qui a déterminé le prix. Et cela explique pourquoi l'intervention de l'autorité dans les marchés était recommandée par les moralistes chrétiens à l'instar de Platon.

Et, même si le juste prix ne signifie autre chose que le prix tout court, le principe garde encore son importance majeure. Car, selon lui, on peut dire dans un cas déterminé si le prix est juste ou injuste selon sa conformité au prix courant, abstraction faite de la manière par laquelle ce prix courant a été déterminé.

Saint Thomas affirme donc le principe de la justice commutative, ou le principe de réciprocité dans l'échange. Le contrat est un simple instrument technique qui ne peut pas contredire la morale naturelle.

---

(69) *Ibid.*, 61, 3.

(70) *Ibid.*, 61, 4.

(71) *Ibid.*, 58, 1.

(72) *Ibid.*, 61, 4.

(73) H. Kelsen, *Justice et droit social*, 1959, op. cit., p. 35.

(74) Chez certains disciples de Saint Thomas, le juste prix, c'est le prix tout court. Il se détermine selon plusieurs facteurs : le coût de production, la rareté, et l'offre et la demande, etc... J. Lartigolle, *Justice commutative et droit positif*, Thèse, Bordeaux, 1957, p. 44.

Et il va sans dire que c'est la raison qui indique quand la volonté peut traduire la justice et quand elle la contredit. Car « le juste milieu est conforme à ce que prescrit la droite raison » (63).

En effet, les contrats ne doivent pas nuire à l'intérêt de la Cité, car les hommes ne se sont pas rassemblés dans une cité « pour contracter ensemble et faire des échanges de choses ou de service » (64). La fin de la Cité est de vivre bien. Et « toutes ces institutions, dit le Philosophe, n'en sont que les moyens » (65).

La pensée du Philosophe est donc claire et décisive : le contrat relève de l'artifice et non pas de la nature. Et, si le contrat peut traduire la justice, le jugement peut la traduire aussi ; le choix entre les deux sera un choix entre des moyens techniques.

20. — *LE PROBLEME MORAL DU CONTRAT CHEZ SAINT THOMAS D'AQUIN.*

Saint Thomas fut l'interprète fidèle d'Aristote. C'est lui qui nous a appris à appeler Aristote le Philosophe. Ces propos s'accordent parfaitement avec ceux de Philosophe. Sa manière d'évoquer les difficultés devant les conclusions du Philosophe était destinée à réaffirmer ces conclusions par une solution heureuse de ces prétendues difficultés.

Selon Saint Thomas, la volonté peut traduire la justice, mais elle ne peut pas la contredire. « Une chose, qui de soi répugne au droit naturel, ne peut devenir juste par la volonté humaine » (66).

Saint Thomas réaffirme le principe de la justice distributive, et celui de la justice commutative. Dans la justice commutative, le juste milieu se détermine de la même manière, « dans tous les actes volontaires ou involontaires » (67). Si, donc, avant tout échange, les deux parties avaient 5 et que l'une d'elles reçoit 1 de ce qui appartient à l'autre, elle aura 6 et il ne restera à l'autre que 4. Pour revenir au juste milieu, il faudra, en justice, que la partie qui a 6 donne 1 à celle qui a 4 : en effet, l'une et l'autre auront 5 qui est le milieu » (68).

Sans doute, le droit naturel n'empêche personne de donner ses biens gratuitement ; cependant, « cette transmission ne sera pas un acte de justice, mais un acte de libéralité, car selon Saint Thomas

(63) ARISTOTE, *Ethique*, 6, 1, 1.
(64) ARISTOTE, *Politique*, Liv. 2, ch. 5, op. cit., p. 44.
(65) ARISTOTE, *Politique*, Liv. 2, ch. 5, op. cit., p. 46.
(66) SAINT THOMAS, *Somme théologique*, 57, 2.
(67) *Ibid.*, 61, 3.
(68) *Ibid.*, 61, 2.

échapper à cette notion, et cela explique son importance chez les juristes modestes ([56]).

Et, pour assurer la justice commutative, Aristote recourt au juge. Car le juge est « l'homme du juste milieu », c'est « la justice incarnée » ([57]). « Prenons une comparaison, dit le Philosophe ; une ligne ayant été coupée en deux parties inégales, le juge prend ce qui, dans la partie la plus grande, dépasse la moitié, et ce qui est repris ainsi est ajouté à la partie la plus petite » ([58]).

Le principe de la justice commutative est le principe suprême de toutes les relations entre les hommes, soit volontaires, soit involontaires. Le principe peut se traduire, aussi, par la notion d'équivalence. On peut dire la notion de justice commutative, ou la notion d'équivalence. Mais il y a sans doute une différence entre un contrat et une relation involontaire. Dans le contrat, l'équivalence, c'est l'équivalence voulue, et la justice, c'est la justice voulue. Car personne ne peut subir l'injustice par sa volonté. « Quant à celui qui donne ce qui lui appartient, il n'est pas victime d'une injustice, comme on voit chez Homère, quand il rapporte que Glaucus donna à Diomède. En échange d'armes de bronze, des armes d'or. En échange de neuf bœufs, la valeur de cent bœufs. Il n'y a pas d'injustice subie. En effet, on est libre de donner et on ne peut pas être victime d'une injustice, s'il n'y a personne pour vous la faire subir. Ainsi, il est évident qu'on ne peut subir l'injustice qu'involontairement » ([59]).

Le Philosophe réaffirme le même principe dans un autre chapitre de son éthique : « nul ne subit l'injustice volontairement » ([60]).

Mais, pour que la volonté soit capable de traduire la justice, il faut qu'elle soit saine et consciente ([61]).

Cependant, si la volonté peut s'écarter de l'égalité numérique, sans contredire la justice, la volonté ne peut pas se passer de la justice numérique pour toujours. En effet, la volonté ne peut rien faire contre la nature. Ainsi, si on juge que l'éloignement de la justice arithmétique constitue une atteinte contre la nature, on doit sacrifier la volonté pour assurer la justice commutative qui reste à la base de toute relation soit volontaire, soit involontaire. Ainsi, le Philosophe dénonce l'usure, car l'argent n'engendre pas d'argent, « genre de gain tout à fait contre nature » ([62]).

---

(56) La notion de la justice commutative était le seul argument d'E. Gounot dans son attaque contre l'autonomie de la volonté. E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*. Thèse, op. cit., surtout p. 210-211.

(57) Aristote, *Ethique*, 5, 4, 7.

(58) Aristote, *Ethique*, 5, 4, 7.

(59) Aristote, *Ethique*, 5, 9, 7 ; 5, 9, 8.

(60) Aristote, *Ethique*, 5, 11, 6.

(61) Aristote, *Ethique*, 5, 8, 3.

(62) Aristote, *Politique*, Liv. 1, ch. 2, p. 26.

la nature de la justice distributive, l'inégalité absolue ne l'est pas non plus. La justice distributive doit être fondée sur le juste milieu. Tout en dénonçant l'absurdité du communisme (47), le Philosophe déclare heureuse la Cité où ne se trouvent que des « fortunes médiocres et suffisantes » (48). Et il ne cache pas que « en matière d'égalité et de justice, il n'est pas aisé de rencontrer l'exacte vérité » (49). La difficulté surgit surtout, à propos de la justice distributive, car « les uns, parce qu'ils sont égaux sous quelques aspects, s'imaginent être entièrement égaux ; les autres, parce qu'ils sont inégaux en quelque chose, se regardent comme supérieurs en tout et dignes de toutes les préférences » (50). Et c'est le devoir de la loi de ne répondre qu'aux revendications légitimes. Mais, pour que la loi soit capable d'accomplir sa tâche, il faut d'abord qu'elle ne soit pas elle-même l'expression d'une classe dominante, celle des riches, ou celle des prolétaires (51). Il y a ici une sorte de cercle vicieux, et cela explique comment la justice distributive n'était pas toujours réalisée.

La justice distributive, une fois réalisée, il faut qu'elle ne soit pas dérangée par aucun fait postérieur. Et, pour conserver la justice distributive, le Philosophe fait appel à la justice commutative. Et il ne faut jamais oublier que le rôle de celle-ci n'apparaît qu'après l'accomplissement de celle-là. Si un « fait ou un acte cause à quelqu'un la perte d'une chose matérielle ou morale, la justice commutative exige de celui qui a causé cette perte, ou qui en a profité, de rendre à l'autre partie l'équivalent de cette chose, pour que chacun ait autant après qu'avant » (52).

A l'encontre de la justice distributive, la justice commutative est toujours facile à atteindre (53), car elle repose sur une égalité « arithmétique » et absolue (54).

La justice commutative règle tous les rapports entre les hommes, soit volontaires, soit involontaires. Ainsi, on constate qu'elle est à l'origine des théories romaines, des contrats réels, des contrats synallagmatiques, et de l'enrichissement sans cause (55). En effet, aucun problème de la théorie des obligations, croyons-nous, ne peut

(47) Aristote, *Politique*, Appendice 1, op. cit., 206, 212.

(48) Aristote, *Politique*, Liv. 3, ch. 14, op. cit., p. 152 et s. ; Add., ch. 8, intitulé : Des fonctions et des classes sociales ; ch. 14, intitulé Des vertus du juste milieu.

(49) Aristote, *Politique*, Liv. 3, ch. 13, op. cit., p. 131.

(50) Aristote, *Politique*, Liv. 4, ch. 15, op. cit., p. 164.

(51) Aristote, *Politique*, Liv. 3, ch. 6, p. 120.

(52) Aristote, *Ethique*, 5, 4, 13.

(53) Aristote, *Politique*, Liv. 4, ch. 15, op. cit., p. 164.

(54) Aristote, *Ethique*, 5, 4, 13.

(55) Michel Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, op. cit., p. 120.

qu'elle soit traduite par la convention (40). « Ainsi, les prescriptions de justice qui ne sont pas fondées sur la nature, mais sur les conventions entre les hommes, ne sont pas semblables partout » (41). Et, pour dire si les contrats particuliers relèvent de la nature ou de l'artifice, le Philosophe fonde son jugement non seulement sur la raison, mais aussi sur l'histoire et l'expérience. En effet, le rationalisme du Philosophe ne répugne pas à l'expérience (42). Le jugement du philosophe, ainsi formé, ne laisse aucun doute. Le contrat relève de l'artifice et non pas de la nature. Il traite les contrats sous le titre de « l'acquisition artificielle » de la propriété. « Ce n'est pas, non plus, la nature qui a produit le commerce consistant à acheter pour revendre plus cher. L'échange était un expédient nécessaire pour procurer à chacun de quoi suffire à ses besoins. Il n'en fallait point dans la société primitive des familles où tout était commun. Il n'est devenu nécessaire que dans les grandes sociétés et après la séparation des propriétés » (43). Et, dans un autre endroit de la politique, il réaffirme que le commerce « ne tient rien de la nature, mais tout de la convention » (44). Et convention signifie ici artifice. En effet, si le Philosophe prend conventionnel et artificiel comme des synonymes, il sera normal de considérer le contrat, qui est une espèce de convention, comme aussi une espèce d'artifice.

Si le contrat ne relève pas de la nature, il ne peut pas, cependant, se diriger contre elle. Ainsi, le contrat est dominé par le principe de la justice commutative, qui règle tous les rapports entre les hommes, soit volontaires, soit involontaires. Le principe de la justice commutative est le corollaire, ou la continuation, d'un autre principe, celui de la justice distributive. Celle-ci concerne « la répartition des honneurs, ou des richesses, ou de tous les autres avantages qui peuvent échoir aux membres de la Cité » (45). Le principe de la justice distributive est l'égalité proportionnelle ou géométrique. Sur ce plan, « il est possible qu'il y ait inégalité et aussi égalité, de citoyen à citoyen » (46). Néanmoins, si l'égalité absolue n'est pas de

---

(40) ARISTOTE, *Ethique de Nicomaque,* 5, 7, 7. Il paraît ici, clairement, que la différence entre la justice en soi et la justice conventionnelle est une différence dans la source. Cependant, la pensé du Philosophe est moins développée que celle de Kant. C'est pourquoi nous nous sommes réclamé de Kant et non pas du Philosophe pour faire reposer le dualisme entre le droit naturel et le droit positif sur la différence de leur source. Voir supra, n° 13.

(41) ARISTOTE, *Ethique de Nicomaque,* 5, 7, 5.

(42) Quelquefois, il déclare « l'expérience d'accord avec la raison ». ARISTOTE, *Politique,* Liv. 2, ch. 6, op. cit., p. 55. Mais il ne faut pas perdre de vue que l'accord suppose d'abord l'autonomie et l'indépendance.

(43) ARISTOTE, *Politique,* Liv. 1, ch. 2, op. cit., p. 22.

(44) ARISTOTE, *Politique,* Liv. 1, ch. 2, op. cit., p. 26.

(45) ARISTOTE, *Ethique,* 5, 2, 12.

(46) ARISTOTE, *Ethique,* 5, 2, 12

en chaque cas un remède » ([36]). Et Platon formule une loi qui impose le juste prix dans le commerce, selon laquelle les gardiens des lois doivent se concerter avec les gens compétents dans chaque branche de commerce, et « ils verront ensemble quel rapport de la recette à la dépense constitue pour le marchand le profit équitable, et le rapport ainsi trouvé entre dépense et recette une fois fixé sur décret, son observance sera mise sous la garde des agoranomes, des astynomes et des agronomes » ([37]). Platon formule le même principe pour les contrats portant sur la prèstation de services. Cependant la sanction est un peu différente. Au lieu de faire des réglementations des prix, il donne à la partie lésée le droit de « recours contre qui lui fait tort » ([38]). Néanmoins, il n'exprime pas la nature de ce recours, et il semble viser la révision du contrat et non pas sa résiliation.

Toute cette méfiance à l'égard du contrat n'empêche pas Platon d'affirmer la force obligatoire du contrat juste et équitable. Et celui qui manque à cet engagement juste « briserait les grands liens de cette communauté, la loi que voici, avec le secours des dieux, protègera ces liens qui assemblent la cité » ([39]). Ainsi, le contrat puise sa force obligatoire dans le bien général de la cité. Mais pour qu'il ait cette force, il faut qu'il soit juste.

On conclut donc, que chez Platon le contrat n'exprime pas toujours la justice naturelle. Il est simplement un instrument, destiné à satisfaire les besoins des hommes. Cet instrument doit rester toujours dominé par son but, à savoir le bien général de la Cité. Et, ici seulement, il a force obligatoire.

19. — *LE PROBLEME MORAL DU CONTRAT CHEZ ARISTOTE.*

En règle générale, tout ce qui est conventionnel est artificiel et sujet à changement. Ainsi, le Philosophe fait souvent la distinction entre ce qui est naturel et ce qui est conventionnel. La loi positive est une sorte de convention. Et il va sans dire que la convention doit traduire, autant que possible, la justice naturelle. Cependant, il faut toujours garder la distinction entre la justice en soi et la justice légale et conventionnelle. Car la chose était juste, ou injuste avant

(36) Platon, *Les Lois*, XI, 919, b.
(37) Platon, *Les Lois*, XI, 920, c.
(38) Platon, *Les Lois*, XI, 921, b.
(39) Platon, *Les Lois*, XI, 921, b.

lisés dans la formation de la Cité. D'abord, des contrats entre des particuliers. « Ainsi donc, dit-il, un homme prend avec lui un autre homme pour tel emploi, un autre encore pour tel autre emploi, et la multiplicité des besoins assemble en une même résidence un grand nombre d'associés et d'auxiliaires; à cet établissement commun, nous avons donné le nom de cité » (27). Ensuite, du contrat entre les gouvernants et les gouvernés, selon lequel « les uns s'engagent à ne pas imposer plus violemment leur autorité..., les autres à ne jamais renverser eux-mêmes la royauté » (28). Cependant, Platon ne cache pas son inquiétude à l'égard du contrat, car « quand un homme donne et reçoit, dit-il, il agit dans la pensée que l'échange se fait à son avantage » (29). Peut-on constituer la cité par un moyen destiné, par son origine, à affirmer « des intérêts personnels et contradictoires ? » Pour répondre à cette question, Platon réaffirme que l'origine de la Cité est la nécessité (30). En effet, la Cité, chez Platon, comme chez Aristote, est une communauté nécessaire.

Ainsi, on peut comprendre que « dans une cité que guide la raison » (31), il faut admettre le principe de l'intervention dans les contrats et les testaments. Car le commerce « n'a pas pour fin de nuire, bien au contraire » (32). Et « c'est plutôt le bien supérieur de la cité tout entière et de la race que visera, comme fin générale, ma loi, dit Platon, et le bien de chaque individu n'aura pour elle, comme il se doit, qu'une importance secondaire » (33). En effet, Platon déclare, dans la République, que l'intervention dans les contrats ne serait pas nécessaire si tous les hommes étaient honnêtes (34). Et, dans les Lois, il constate avec inquiétude le manque d'honnêteté chez la plupart des gens: « C'est une rare espèce d'hommes », dit-il, qui « est capable de s'attacher fortement à la modération et, mise à même de gagner une quantité d'argent, demeure sobre et préfère, à la quantité, la mesure. La masse des hommes est disposée tout à rebours » (35). Ainsi, la liberté contractuelle dérogerait au principe du juste prix ; c'est pourquoi « il faut que le législateur trouve

---

(27) PLATON, *La République*, 369, C, Classiques Garnier, op. cit., p. 56.

(28) PLATON, *Les lois*, III, 684, a, in Œuvres complètes, trad. par E. des Places, S.J. Collection des Universités de France, T. XI, Paris, 1951, p. 21. On soutient que la doctrine du contrat social est dérivée de ce passage de Platon, précité. Voir A.-J. CARLYLE, *La notion de « contrat » dans les doctrines politiques*, in Arch. de phil. du dr. et de Soc. jur., 1940, p. 78.

(29) PLATON, *La République*, 369, C, Classiques Garnier, op. cit., p. 56.

(30) PLATON, *La République*, 369, C, Classiques Garnier, op. cit., p. 56.

(31) PLATON, *Les Lois*, XI, 919, C.

(32) PLATON, *Les Lois*, XI, 918, b.

(33) PLATON, *Les Lois*, XI, 923, b.

(34) PLATON, *La République*, 425, D.

(35) PLATON, *Les Lois*, XI, 918, D.

PREMIERE SECTION

LE PROBLEME MORAL DU CONTRAT DANS LA PHILOSOPHIE PRE-KANTIENNE

A l'exception de Pascal, tous les philosophes auxquels nous nous arrêterons dans cette section sont des jusnaturalistes. L'hostilité au droit naturel n'a commencé de prendre la forme des écoles que plus tard, surtout au XIXᵉ siècle.

18. — *LE PROBLEME MORAL DU CONTRAT CHEZ PLATON.*

Platon fit appel à la notion du contrat dans plusieurs endroits de sa République et ses lois, et partout il la regarda avec beaucoup de méfiance. Dans sa recherche de la définition de la justice, il refuse de prendre la fidélité à l'engagement contractuel comme l'expression de celle-ci, car l'exécution stricte du contrat aboutit quelquefois à l'injustice. « Je l'explique ainsi, dit-il ; tout le monde convient que si l'on reçoit des armes d'un ami sain d'esprit qui, devenu fou, les redemande, on ne doit pas les lui rendre, et que celui qui les rendrait ne serait pas juste... Donc, cette définition n'est pas celle de la justice : dire la vérité et rendre ce que l'on a reçu » (24). En effet, Platon fait passer l'impératif de ne pas faire de préjudice à une autre personne avant celui de rendre à chacun son dû. Car la justice, affirme-t-il encore, « n'est point rendre à quelqu'un ce qu'on lui doit que de lui remettre l'or qu'il nous a confié, si la restitution et la reprise se font à son préjudice » (25).

Dans un autre endroit, Platon cherche l'origine de l'Etat ou de la cité, et une fois encore, il fait appel à la notion du contrat. Chez Platon, il est hors de doute que la cité ne naît pas du contrat, mais de la nécessité. « Ce qui donne naissance à une cité, dit-il, c'est, je crois, l'impuissance où se trouve chaque individu de se suffire à lui-même » (26). Le contrat n'intervient que comme un moyen pour satisfaire à cette nécessité. Platon envisage deux sortes de contrats, uti-

(24) PLATON, *La République*, 331, C-D, traduction nouvelle par R. Baccou, Classiques Garnier, 1963, p. 6.

(25) PLATON, *La République*, 332, B, Classiques Garnier, op. cit., p. 7.

(26) PLATON, *La République*, 369, B, Classiques Garnier, op. cit., p. 55.

commencerons par la philosophie grecque. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que chaque plan concernant la philosophie est plus ou moins arbitraire. Surtout l'ordre chronologique n'a pas beaucoup d'importance dans un domaine où les anciens sont plus actuels que les modernes. Ainsi, on lit sans étonnement, chez Heidegger, « que encore aujourd'hui il (le premier chapitre du premier livre de la physique d'Aristote) rend superflues des bibliothèques entières d'ouvrages philosophiques » ([23]). C'est pourquoi nous ne nous attachons pas beaucoup à la division quadripartite entre philosophie antique, du moyen âge, moderne et contemporaine. En effet, nous croyons plus convenable pour notre sujet (la division doit répondre aux exigences du problème traité) de procéder à une division dualiste entre la philosophie pré-kantienne et la philosophie post-kantienne. Cette division a aussi sa logique, car avant Kant la philosophie commença de prendre la forme des systèmes. Avant lui, il y avait des philosophes ; après lui, il y aura des philosophies. Dans une première section, nous étudierons le problème moral du contrat chez Platon, Aristote, Saint Thomas d'Aquin, Descartes, Pascal, Hobbes, Locke, J.-J. Rousseau et Kant. Dans une deuxième section, nous étudierons le même problème dans la philosophie de l'idée, de la matière, irrationaliste, de la vie, de l'essence, de l'existence et de l'être ; et aussi chez les sociologues, bien qu'ils ne soient pas des philosophes.

***

(23) HEIDEGGER, *Le principe de raison*, op. cit., p. 153.

tion d'analyser les opinions de tous ces éminents juristes. Et nous remarquons, en passant, que la position de chacun d'entre eux n'est pas toujours tranchée. Ils émettent souvent des réserves qui ne sont pas sans influence sur leur thèse originelle, surtout quand ces réserves viennent de la part de ceux qui attachent une valeur absolue au contrat, car l'absolu ne transige pas.

Il est à remarquer aussi que les juristes ont toujours l'habitude de recourir aux philosophes, pour trouver la solution des grands problèmes de la philosophie du droit. Ils admettent que « la philosophie du droit fait partie de la philosophie ; et dès lors, elle doit demeurer le domaine des philosophes » [21]. Non seulement les philosophes aident les juristes à comprendre la philosophie du droit, ils sont eux-mêmes la force créatrice du droit. C'est la philosophie, comme nous l'avons démontré, qui crée les institutions [22]. C'est pourquoi il est indispensable de chercher la réponse à la question morale du contrat chez les philosophes. Mais, chez quelle sorte de philosophes ? Le lecteur a sans doute remarqué que nous avons posé la question morale du contrat à la manière des jusnaturalistes qui croient à la morale naturelle. Et, il va sans dire qu'il y a d'autres philosophies qui n'admettent pas la notion même d'une morale naturelle, ou d'un droit naturel. Cependant, nous croyons nécessaire d'étudier la question à travers toutes les philosophies, y compris ces dernières. Car notre adhésion à la doctrine du droit naturel n'empêche pas que les autres systèmes philosophiques peuvent exercer, et qu'ils ont effectivement exercé une influence sur la vie du droit dans plusieurs pays. Et dans tous les domaines humains, ce n'est pas toujours le bon qui l'emporte. Et, même si on s'oppose à une certaine philosophie, il ne faut pas la négliger, car la négligence ne sert à rien. De plus, l'étude des systèmes qui n'admettent pas la morale naturelle aide beaucoup à bien comprendre celle-ci, car c'est seulement par le dialogue entre les différentes thèses qu'on peut saisir clairement les choses.

Le plan de notre étude suivra l'ordre chronologique. Ainsi, nous

---

(21) P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 1. Dans le même sens, F. GÉNY, *Science et technique*, op. cit., T. 1 p. 4, 72, 73, 74, 108 ; T. 2, p. 15, 112, 117, 272, 279, 344. Et il est sans doute préférable de recourir à un philosophe qui est en même temps juriste. F. Gény, ibid., T. 1, p. 5, 8 ; J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, op. cit., p. IX ; SALEILLES, cité par GÉNY, *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond Saleilles*, in L'œuvre de Raymond Saleilles Paris 1914 p. 43, 48, 63 ; M. VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme*, in Le rôle de la volonté dans le droit, Archives de philosophie du droit, 1957, p. 98 ; Ch. EISENMANN, *Le juriste et le droit naturel*, in Le droit naturel, Annales de philosophie politique, 1959, p. 224 ; J. MAURY, *Observations sur les « Aspects philosophiques du droit international privé »*, op. cit., p. 229-230.

(22) Voir supra, n^{os} 14, 15.

nous bornons pour le moment à faire connaître l'opinion de F. Gény, car elle exprime clairement les deux côtés du problème. « Le principe de l'autonomie de la volonté privée, dit F. Gény, ...doit, à mon avis, être considéré comme faisant partie du « donné » juridique ; et il ne me paraît pas exact de voir, dans le contrat, un simple « procédé technique apte à traduire la justice dans les échanges » ; d'où résulterait que son contenu ne vaut qu'en vertu d'une présomption, susceptible de tomber sous le coup d'un précepte contraire de justice commutative » (5).

L'opinion de F. Gény est partagée par d'autres juristes tels que Josserand (6), Ripert (7), Rouast (8), Le Fur (9), Hauriou (10), Del Vecchio (11), Maury 12), Savatier (13) entre autres, et elle est au contraire réfutée par d'autres juristes tels que G. Renard (14), J. Dabin (15), P. Roubier (16), M. Waline (17), E. Gounot (18), H. Battifol (19), entre autres (20). En effet, nous n'avons pas l'inten-

---

(5) F. Gény, *Science et technique*, op. cit., T. 4, p. 21, note 2.

(6) L. Josserand déplore « le divorce entre la loi positive et le droit naturel ». L. Josserand, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, Rev. trim. de dr. civ., 1937, p. 20.

(7) Le contrat est « une idée éternelle », dit G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, op. cit., p. 300.

(8) A. Rouast, *Le contrat dirigé*, op. cit., p. 323.

(9) Le Fur, *La force obligatoire des traités*, in Arch. de phil. du Dr. et de Soc. jurid., 1940, p. 90.

(10) Selon M. Hauriou, « l'individualisme faillible » est à la base du droit naturel. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. VII, 60, 61.

(11) Del Vecchio, *Mutabilité et éternité du droit*, in Arch. de Phil. du Dr., 1957, p. 144.

(12) J. Maury, *Observations sur les « Aspects philosophiques du droit international privé »*, Revue critique de droit international privé, 1957, p. 238.

(13) Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2e éd., 1952, p. 57.

(14) G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, 1924, p. 160. Adde, p. 159-166.

(15) J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif*, op. cit., p. 34, 35 ; *L'Etat ou le politique*, op. cit., p. 199, 209 *La définition du droit à propos d'une étude récente*, in Mélanges Roubier, 1961, p. 209-210.

(16) P. Roubier, *Droit ssubjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 412.

(17) M. Waline, *L'individualisme et le droit*, op. cit., 1949, p. 213.

(18) E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*. Thèse, Dijon, 1912. « La volonté, dit-il, n'est que la cause instrumentale de l'obligation » (ibid., p. 363).

(19) H. Battifol, *Le rôle de la volonté en droit international privé*, in Arch. de phil. du dr., 1957, p. 73, 77, 79.

(20) Hamel, in Travaux de l'Association H. Capitant, 1945, T. 1, p. 171 ; P. Esmein, in Travaux de l'Association H. Capitant, 1945, T. 3, p. 125 ; J. de la Morandière, in Travaux de l'association H. Capitant, T. 1, p. 231 ; J. de la Morandière, *L'évolution moderne des obligations*, Cours doctorat, 1944-1945, p. 132-133.

CHAPITRE PREMIER

LE PROBLEME MORAL DU CONTRAT

17. — *LE CONTRAT ENTRE LE « DONNE » ET LE « CONSTRUIT ».*

Il s'agit de savoir si le contrat relève de la nature ou simplement de l'art et de l'artifice, selon la distinction aristotélicienne (1). Il s'agit de savoir si le contrat relève d'un impératif catégorique ou seulement d'un impératif technique, selon la distinction kantienne (2). Il s'agit de savoir si le contrat ressort d'un donné rationnel ou simplement d'un construit, selon la distinction de F. Gény. Il s'agit enfin de savoir si le contrat relève de la raison constituante, ou seulement de la raison constituée, selon la distinction de Lalande (3).

Toutes ces distinctions, bien qu'elles soient différentes entre elles (4). cherchent le même but, à savoir, la distinction entre ce qui est immuable et ce qui est changeable dans les sciences normatives. En effet, si le contrat relève de la nature, le droit positif ne saurait permettre au juge de réviser le contrat, sans méconnaître la morale naturelle. Au contraire, si le contrat est un simple instrument technique, pour réaliser un certain but, cet instrument doit se montrer toujours capable de remplir sa fonction, autrement le législateur pourrait, le cas échéant, le remplacer par un autre instrument, comme le jugement par exemple.

A part que le droit positif repose sur un donné moral, un juriste, qui est avant tout un homme, ne doit jamais se lasser de poser la question morale du droit positif, car il est de l'essence même de l'homme de s'interroger sur la moralité de tout ce qui est humain.

Ainsi, il est normal de constater que le problème moral du contrat a préoccupé un grand nombre de juristes. Cependant, nous

(1) ARISTOTE, *Politique*, op. cit., Liv. 1, ch. 2, p. 22 ; *Ethique de Nicomaque*, Liv. 6, ch. 1, n° 5.

(2) KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit. p. 124, 129.

(3) LALANDE, *La raison et les normes*, op. cit., p. 16 et s.

(4) A l'exception de la distinction de F. Gény, qui est authentiquement aristotélicienne, F. GÉNY, *Science et technique*, op. cit., T. 3, p. 16.

16. — *CONCLUSION.*

Au point de vue théorique, le droit positif repose sur un donné moral. Au point de vue pratique, ce sont les idées qui créent les institutions. Le fondement du droit positif français, c'est la conception occidentale du monde. Le fondement du droit égyptien, c'est la conception musulmane du monde. Les deux conceptions enseignent l'idée d'une morale naturelle et d'une justice suprême.

Ainsi, la justice est le fondement à la fois théorique et réel du droit positif, soit en France, soit en Egypte. Notre étude morale et technique du problème de la révision du contrat par le juge nous montrera, de plus, dans quelle mesure la technique est dépendante de la morale. En effet, on ne saurait comprendre, ni la technique contractuelle, ni la fonction juridictionnelle, sans tenir compte du rapport entre le droit et la morale.

Ainsi, le chapitre premier sera consacré à l'étude du problème moral du contrat.

cité de cette civilisation à travers les crises (124). Ainsi, G. Ripert revient sur l'idée d'un « déclin du droit » en affirmant dans « les forces créatrices » que « l'essentiel demeure » (125).

De cette conception de vie occidentale, découlent les « principes généraux » (126) du droit français qui inspirent le législateur et la jurisprudence dans leur création des règles juridiques (127). Ainsi, M. Rivero affirme que le juge administratif gouverne selon une certaine « conception de l'homme et du monde » (128). Et le doyen Maury remarque avec raison que l'influence d'une certaine « conception de vie » sur l'œuvre du juge est plus forte dans les pays totalitaires que dans les pays démocratiques (129). Mais il n'en est pas moins vrai que les pays démocratiques ont, eux aussi, leur raison objective et leur conception du monde.

Mais il ne faut pas perdre de vue que notre conclusion sur la conception de la vie qui règne en Egypte ou en France est provisoire. Personne ne sait l'avenir. Et il est très possible que ces conceptions demeurent intangibles pour des milliers d'années encore, et il est aussi très possible que tout sera changé dans quelques dizaines d'années.. Nous ne pouvons tirer aucune leçon de l'histoire. Or, l'histoire n'a aucun sens (130). La notion de droit est assez claire, cependant la lutte n'est pas terminée.

Ainsi, dans le temps présent, nous sommes autorisés à comprendre, à la lumière de cette conclusion provisoire sur le fondement du droit positif français et du droit positif égyptien, le rôle de la jurisprudence et le mécanisme de l'acte juridictionnel.

---

(124) K. Jaspers, *Introduction à la Philosophie*, trad. par Jeanne Hersch, Plon, Paris, 1962, p. 188 et s. ; Teilhard de Chardin, *La place de l'homme dans la nature*, 1950, Union Générale d'Editions, 1962, p. 125.

(125) G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 28.

(126) G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 325 et s. ; M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 236.

(127) Boulanger, *Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi*, Travaux Capitant, T. 5, 1949, p. 68 et s.

(128) G. Rivero, *Le juge administratif français : un juge qui gouverne*, D. ch., 1951, p. 22. Nous prenons avec grande réserve la notion d'un gouvernement des juges, soit en France, soit en Egypte.

(129) J. Maury, *Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives*, Recueil d'études en l'honneur d'E. Lambert, 1938, T. 1, p. 428.

(130) Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*, op. cit., p. 312 et s. ; G. Marcel, *Les hommes contre l'humain*, op. cit., p. 97, 178, 184, 186 ; K. Jaspers, *Introduction à la philosophie*, op. cit., p. 133 et s. ; Max Weber, cité par K. Jaspers, ibid., p. 132 ; G. Gurvitch, *Dialectique et sociologie*, op. cit., p. 150 ; comp. R. Aron, *Dix-huit leçons sur la société industrielle*, Collection Idées, 1962, p. 26 et s.

n'obtenez pas un homme, mais un moins qu'homme, un sous-homme, un pauvre homme, etc... » ([115]). H. Kelsen a, en effet, tort de présenter une théorie engagée, comme une théorie pure du droit ([116]). De plus, il a tort d'interpréter le droit qui résulte d'une certaine conception de vie, par une philosophie qui n'a rien à voir avec cette conception. Cette crise dont parle G. Marcel est accentuée surtout en France par l'existence d'un parti communiste assez fort. Ainsi. M. Henri Mazeaud a pu dire que « l'heure est venue d'opter dans tous les domaines entre la civilisation chrétienne et un mode de vie réglé suivant les normes marxistes » ([117]).

Cependant, l'existence des non-chrétiens ([118]) en France n'empêche pas que la majorité des Français est encore attachée à la foi chrétienne et que le christianisme représente « la véritable figure » ([119]) de leur civilisation. Ainsi, M. Waline soutient que le droit positif français repose sur les « valeurs morales fondamentales du christianisme » ou, en d'autres termes, sur « une vision du monde » chrétien ([120]).

En effet, l'existence d'une conception du monde occidental à la base du droit positif français est affirmée par la grande partie des éminents maîtres français, même s'il existe entre eux quelque divergence apparente. Or, cette divergence est toujours sympathique. Ainsi, G. Ripert se félicite que F. Gény a critiqué ses idées « avec une bienveillance, dit-il, qui m'honore » ([121]). Et auparavant, F. Gény avait montré le même esprit à l'égard de la critique « sympathique » de G. Ripert ([122]). On conclut donc que la lutte des idées ([123]) et la crise qui en est sortie n'ont pas assombri la civilisation occidentale en France. Des observateurs aussi différents que l'existentialiste K. Jaspers ou le biologiste Teilhard de Chardin affirment la viva-

---

(115) Jean GUITTON, *Jésus*, L.P.C., 1956, p. 90.

(116) « La neutralité, dit G. Richard, qu'il (le positivisme) dit professer entre les doctrines philosophiques est-elle autre chose qu'une apparence ? ». G. RICHARD, *Le positivisme juridique et la loi des trois états*, Arch. de Philosophie du droit et de Soc. jur., 1931, p. 311.

(117) *Une famille sans chef*, ch. D. 1951, p. 141, cité par G. Ripert. *Les forces créatrices*, op. cit., p. 68, note 2.

(118) Michel VILLEY, *L'écriture sainte comme source du droit dans la somme théologique de Saint Thomas d'Aquin*, in *La révélation chrétienne et le droit*, Dalloz, Paris, 1961, p. 69 ; J. ELLUL, *Quelle est la signification de la révélation chrétienne pour le droit positif ?*, in *La révélation chrétienne et le droit*, op. cit., p. 41, 46. Selon lui, le droit se crée par une relation critique et dialectique entre les chrétiens et les non-chrétiens, p. 49.

(119) M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., Sirey, Paris, 1929, p. 55. Selon Hauriou, le fondement du droit est « le grand courant d'idées morales et sociales » de la civilisation occidentale, p. VII.

(120) M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, op. cit., p. 415.

(121) G. RIPERT, *La règle morale*, op. cit., p. 405.

(122) F. GÉNY, *La laïcité du droit naturel*, op. cit., p. 9.

(123) G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, T. 1, op. cit., p. 86, 87, 88.

çais en Egypte et explique aussi leur non-réception dans les parties où le droit français ne s'accorde pas avec la morale musulmane ; ex. : le droit de famille et le droit de succession. Ainsi, on peut comprendre l'alinéa 2 du premier article du Code civil égyptien, selon lequel : « A défaut d'une disposition législative applicable, le juge statuera d'après la coutume et, à son défaut, d'après les principes du droit musulman. A défaut de ces principes, le juge aura recours au droit naturel et aux règles de l'équité ». Et il faut considérer la morale musulmane et la morale naturelle comme le fondement du droit positif et non seulement des sources subsidiaires. Par là, nous pourrons, plus loin, étudier le rôle de la jurisprudence et le mécanisme de l'acte juridictionnel.

En France, d'éminents maîtres cherchent le fondement du droit dans une « conception générale de l'univers » (107) et cela non sans difficulté (108). Ainsi, il faut en « prendre parti » (109), et heureux le juriste qui reconnaît la philosophie dominante dans son pays. La divergence d'idées ne va pas jusqu'à méconnaître que la conception de vie occidentale basée sur la tradition gréco-romano-chrétienne règne encore en France. Cependant, il est permis de dire que « l'homme occidental traverse aujourd'hui une crise métaphysique » (110). Cette crise a produit des juristes tels que Duguit (111) ou Kelsen (112). Ce dernier, en s'appuyant sur une philosophie scientiste qui ne pèse pas beaucoup parmi les philosophies modernes (113), a cru cependant pouvoir maltraiter tout le monde, sans épargner personne. Ainsi, il parle de la « conscience primitive » du Christ, qui « ne distingue pas nettement interprétation explicative et normative et identifie vérité et justice ». Et « lorsque Jésus déclare à Pilate : « Je suis venu rendre témoignage de la vérité », il veut dire : « rendre témoignage de la justice » (114). Jean Guitton semble donc avoir raison de dire : ôtez du Christ son caractère évangélique, « vous

(107) F. Gény, *Science et Technique*, op. cit., T. 2, p. 354, Adde., T. 1, p. 4, 72, 73, 74, 108 ; T. 2, p. 15, 112, 117 272, 279, 344.

(208) Etant donné la divergence d'idées, *Science et Technique*, op. cit., T 2, p. 364, 393.

(109) F. Gény, *Science et Technique*, op. cit., T. 2, p. 354.

(110) G. Marcel, *Les hommes contre l'humain*, op. cit., p. 33.

(111) L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé*, op. cit., p. 2, 9, 12, 13, 60 ; voir les nombreuses citations données par F. Gény. *La Science et la Technique*, op. cit., T. 2, p. 197.

(112) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. XIV, 106, 272, 298 ; *Justice et droit naturel*, in Annales de Philosophie politique, op. cit., p. 14, 43, 62, 63, 66, 70, 73, 82, 83, 87, 109, 119, 120. La réfutation de Kelsen du droit naturel résulte de sa réfutation de la métaphysique.

(113) « Dans l'ensemble, dit Bochenski, la philosophie actuelle a dépassé non seulement leurs thèses, mais aussi leurs problèmes ». *La philosophie contemporaine en Europe*, op. cit., p. 64.

(114) *Justice et droit naturel*, op. cit., p. 29.

15. — *LE FONDEMENT DU DROIT POSITIF FRANÇAIS ET DU DROIT POSITIF EGYPTIEN.*

Il est temps de chercher le fondement du droit positif français et celui du droit positif égyptien.

D'abord, nous excluons l'hypothèse d'une domination de classe, soit en France, soit en Egypte.

Il y a sans doute des revendications de classe ou, pour mieux dire, de dialogue entre les classes. Il y a aussi des législations de classes (98), mais point une domination de classe. Car, même au point de vue de la force matérielle, abstraction faite de toute autre considération, il n'existe pas une partie de la population qui peut ou qui cherche (99) à asservir les autres parties, ni en France (100), ni en Egypte (101). C'est pourquoi il faut parler avec beaucoup de réserve de l'influence des classes sur la formation de la jurisprudence ou sur le mécanisme de l'acte juridictionnel (102).

Le fondement du droit positif égyptien, croyons-nous, est la conception musulmane du monde. Cette conception rapproche beaucoup de la conception chrétienne (103). Et il est à remarquer que les anciens jurisconsultes musulmans considéraient la Bible et l'Evangile comme des sources subsidiaires de la morale musulmane (104). La pensée musulmane a subi, aussi, l'influence de la philosophie grecque avant même la renaissance en Europe (105). Ainsi, à côté de la morale musulmane, il y a la morale naturelle ou rationnelle (106). Cela explique la réussite de la réception des Codes fran-

---

(98) L. JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, Rev. trim. de dr. civ., 1937, p. 28-29 ; A. ROUAST, *Le contrat dirigé*, in Mélanges Sugiyama, 1940, p. 325 ; G. RIPERT, *Ebauche d'un droit civil professionnel*, Etudes Capitant, 1939, p. 677-693.

(99) A l'exception du parti communiste français. Mais nous avons déjà remarqué que l'action d'un tel parti est, avant tout, philosophique.

(100) Il est incontesté que les ouvriers, aujourd'hui, ne sont plus ces prétendus faibles et opprimés. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1948, p. 3, 122, 139, 164, 176, 189, 192, 208, 300.

(101) Il est à remarquer que les législations modernes en Egypte s'accordent mieux avec la justice distributive.

(102) J. CARBONNIER, *Sociologie juridique, Le procès et le jugement*, op. cit., 1961, p. 256 et s.

(103) Gabriel MARCEL, *Les hommes contre l'humain*, op. cit., p. 107. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 153 et la bibliographie.

(104) KHALAAF, *Assoul el Fekh*, op. cit., p. 103 et s. ; Abou ZAHRAH, *Essoul el Fekh*, op. cit., p. 292 et s.

(105) Charles WERNER, *La philosophie grecque*, P.-B. Bayot, Paris, 1962, p 15.

(106) Voir supra, n° 13, p. 33, note 2. Et il est à remarquer qu'il n'y a pas en Egypte de communistes, à l'exception de quelques centaines de demi-intellectuels. Et l'analyse marcelienne de la conscience fanatisée montre que ces gens sont des malades, plutôt que des ambitieux. G. MARCEL, *Les hommes contre l'humain*, op. cit., p. 107 et s.

les masses » [90]. Cependant, Marx a conçu la difficulté de provoquer les masses, car il n'y a pas eu encore de raisons pour cette provocation. « Une révolution radicale, dit-il, ne peut être que la révolution de besoins radicaux, dont il semble précisément *qu'il manque* les conditions et les lieux d'éclosion » [91]. C'est pourquoi il déclare qu' « *il faut former une classe* avec des chaînes radicales, etc... » [92]. Et il se félicite que cette classe commence à se constituer [93]. Enfin, il déclare sans équivoque que la relation entre sa philosophie et les prolétaires est une relation d'échange. « De même que la philosophie, dit-il, trouve dans le prolétariat ses armes matérielles, le prolétariat trouve dans la philosophie ses armes intellectuelles. Et dès que l'éclair de la pensée aura pénétré au fond de ce *naïf terrain populaire*, les Allemands s'émanciperont et deviendront des hommes » [94]. Marx provoque donc l'antagonisme des classes et exploite la naïveté des prolétaires pour réaliser une certaine conception du monde. Qu'il soit évident, pour quiconque veut comprendre le drame qui se déroule actuellement dans le monde, que la lutte ne soit point une lutte de classes, mais une lutte des philosophies et que Marx ait réussi où Comte avait échoué.

Un autre philosophe, aussi influent, sur le droit que Nietzsche, affirme lui aussi qu'il faut que « le philosophe soit pour nous un législateur » [95]. En effet, la force créatrice de la philosophie est affirmée non seulement par les philosophes eux-mêmes, mais aussi par les hommes politiques [96] et par les juristes.

La lutte des philosophies ainsi comprise déborde la lutte libéralisme-socialisme. Car il y a plusieurs sortes de socialisme ou de libéralisme, chacun dépendant d'une certaine conception du monde. Ainsi, la lutte se déroule quelquefois sans relâche entre les différents types de socialisme ou entre les différents types de libéralisme, suivant en cela la lutte entre les conceptions du monde auxquelles ces différents types sont attachés. Ainsi, le Pape Jean XXIII dénonce le socialisme matériel en affirmant : « Nous réaffirmons avant tout, dit-il, que la doctrine sociale chrétienne est partie intégrante de la conception chrétienne de la vie » [97].

(90) Karl Marx, idem, p. 96.

(91) Karl Marx, idem, p. 99.

(92) Karl Marx, idem, p. 105.

(93) Karl Marx, idem, p. 106.

(94) Karl Marx, idem, p. 107.

(95) Nietzsche, *La volonté puissance*, op. cit., T. 2, p. 257.

(96) Mussolini écrit à Michele Bianchi (27 août 1921) : « Le mot est un peu fort, dit-il, mais je voudrais que l'on créât la philosophie du fascisme dans les deux mois qui nous séparent de l'Assemblée nationale ». Cité par Waline, *L'individualisme et le droit*, op. cit., p. 58.

(97) *Mater et Magistra*, *Les encycliques sociales*, op. cit., p. 385, Adde, *Quadragesimo anno*, ibid., p. 184.

chaque prolétaire constitue, à beaucoup d'égards, un philosophe spontané, comme tout philosophe représente, sous divers aspects, un prolétaire systématique » (81). Malheureusement pour lui, les prolétaires ont refusé de devenir des philosophes positivistes ; ils ont préféré devenir des philosophes marxistes, car Marx a su mieux leur parler (82).

Pour Marx, aussi bien que pour Comte, les ouvriers sont un simple instrument matériel pour la réalisation d'une certaine conception du monde. C'est la philosophie qui dirige l'humanité, abstraction faite d'une certaine affirmation selon laquelle « ce n'est pas la conscience qui détermine la vie, mais la vie qui détermine la conscience » (83). Non seulement parce que Marx reconnaît les « mouvements dialectiques » entre la structure économique et la superstructure juridique et politique (84), mais de plus parce qu'il réserve pour lui-même le droit de conduire l'humanité. Il va sans dire que ses idées ne relèvent pas de la superstructure de son temps (85). Ainsi, il affirme l'importance de la philosophie dans des termes révolutionnaires. « Vous ne saurez supprimer la philosophie, dit-il, sans la réaliser » (86). Plus significative, aussi, son affirmation « qu'en effet, le passé révolutionnaire de l'Allemagne est théorique : c'est la Réforme. A cette époque, la révolution débute dans la tête d'un moine : aujourd'hui, elle débute dans la tête du philosophe » (87). En dernière analyse, c'est donc la tête de Marx qui veut gouverner selon une certaine théorie qui déclare que « l'homme est l'essence suprême de l'homme » (88) et qui dénonce « la religion comme une réalisation fantastique de l'essence humaine » (89). Arrivé à ce point, Marx a cherché la force matérielle capable de réaliser sa théorie et il l'a trouvée chez les prolétaires comme l'a fait, avant lui, A. Comte. « La théorie, dit-il, se change en force matérielle dès qu'elle pénètre

---

(81) Auguste Comte, *idem*, op. cit., T. 1, 130.

(82) Il est à remarquer que Comte dénonce le communisme comme « utopique », suivant en cela « le grand Aristote », *Système de politique positive*, op. cit., T. I, p. 157.

(83) Karl Marx et F. Engels, *L'idéologie allemande*, p. 23 ; Adde, La célèbre préface de sa « *Contribution à la critique de l'économie politique* », *Editions sociales*, 1957, p. 4.

(84) Georges Gurvitch, *Dialectique et Sociologie*, op. cit., p. 132. « Affirmer que Marx a réduit toute la vie sociale à la vie économique est fondamentalement erroné, etc... » (ibid., p. 146).

(85) En effet, Marx confond entre la raison constituante et la raison constituée. Voir, pour cette distinction, A. Lalande, *La raison et les normes*, op. cit., p. 16 et s.

(86) Karl Marx, *Contribution à la critique de la Philosophie du droit de Hegel*, in Œuvres philosophiques, trad. par Molitor, T. 1, 1946, p. 94.

(87) Karl Marx, idem, p. 97.

(88) Karl Marx, idem, p. 107.

(89) Karl Marx, idem, p. 84.

souligner que le philosophe qui a nié le rôle de la philosophie dans la création du droit était parmi les philosophes le plus influent sur la destinée de l'homme. Selon Hegel, la marche de l'histoire s'accomplit seule, sans l'intervention de la philosophie. « La philosophie, dit-il, vient toujours trop tard. En tant que pensée du monde, elle apparaît seulement lorsque la réalité a accompli et terminé son processus de formation. Ce que le concept enseigne, l'histoire le montre avec la même nécessité » (74). Ainsi, Hegel réserve pour la philosophie un rôle descriptif et passif. « Concevoir ce qui est, dit-il, est la tâche de la philosophie » (75). Cependant, c'est Hegel lui-même qui « a ouvert le chemin aussi bien au fascisme et au national-socialisme qu'au communisme : il est, dit Bochenski, une des forces qui sont en train de changer le monde » (76). Il n'est donc pas étrange que les philosophes qui sont venus après Hegel reconnaissent franchement la force créatrice de la philosophie. Et quelques-uns d'entre eux ont essayé effectivement de conquérir le pouvoir. Pour arriver à cette fin, ils ont recours à des moyens qui n'ont rien à voir avec leurs philosophies. A cause de cela, on a pu dire que ce sont des révolutionnaires et non pas des philosophes. En réalité, ils sont à la fois révolutionnaires et philosophes. Et il est très facile de discerner dans leur œuvre la partie philosophique et la partie révolutionnaire, car ils font eux-mêmes ce discernement. Envisageons d'abord Auguste Comte. Dans ses « Cours de philosophie positive », il déclare que « ce n'est pas aux lecteurs de cet ouvrage que je croirai jamais devoir prouver que les idées gouvernent et bouleversent le monde, ou en d'autres termes que tout le mécanisme social repose finalement sur des opinions » (77). L'auteur de « la religion de l'humanité » déclare que « le positivisme se compose essentiellement d'une philosophie et d'une politique qui sont nécessairement inséparables » (78). Et, pour conquérir le pouvoir, Auguste Comte a cherché l'alliance des prolétaires en provoquant la lutte des classes. « Nos prolétaires, dit-il, sont seuls susceptibles de devenir les auxiliaires décisifs des nouveaux philosophes » (79). Ainsi, il faut pousser l'influence de la philosophie « jusqu'à la systématisation de l'antagonisme matériel entre les deux classes actives » (80). Et, par miracle, le prolétaire se transforme en philosophe. « Lorsque ces sympathies fondamentales pourront assez éclater, on sentira que

(74) Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, op. cit., p. 32.

(75) Hegel, idem, p. 31.

(76) J.-M. Bochenski, *La philosophie contemporaine*, op. cit., p. 7.

(77) Auguste Comte, *Cours de philosophie positive*, 5e éd., T. 1, 1892, p. 40.

(78) Auguste Comte, *Système de politique positive*, 4e éd., 1912, identique à la première. parue en 1854, T. 1, p. 2.

(79) Auguste Comte, *Système de politique positive*, op. cit., T. 1, p. 129.

(80) Auguste Comte, *idem*, op. cit., T. 1, 167.

der s'il n'y avait eu en présence que des intérêts de classe. Ainsi, ce furent des bourgeois et non pas des ouvriers qui jouèrent le rôle prépondérant dans les révolutions de 1830 et de 1848, dirigées (la seconde surtout) contre le privilège de la richesse. Plus tard, ce furent des hommes de la classe instruite qui réclamèrent l'instruction pour tous » (69).

Aussi peut-on conclure que le droit positif était quelquefois le résultat d'une domination des classes. Mais c'est beaucoup simplifier les choses que d'interpréter toute l'histoire du monde selon cette idée. Et nous verrons que l'antagonisme des classes est utilisé souvent comme un instrument docile dans les mains d'une autre force créatrice du droit, plus forte et plus agissante. Par là, j'entends la lutte des philosophies.

En effet, les idées philosophiques sont les forces les plus agissantes dans la création du droit (70). Ainsi, la notion platonicienne de l'union de « la puissance politique et la philosophie » (71) est un fait et non seulement un désir ou un devoir (72). C'est la philosophie qui transforme la face de l'humanité (73). Et il est dramatique de

---

(69) H. Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*, op. cit., p. 209.

(70) On remarque que la position de Georges Ripert n'est pas claire, sur ce point. Selon lui, « les idées sont des forces vaines et dangereuses » (*Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 127). C'est pourquoi, dit-il, « je ne classe pas l'idéologie parmi les forces sociales, car elle n'a aucune base dans le réel ». Ibid., p. 127. « Il est toujours dangereux, ajoute-t-il, de défendre les institutions par une conception philosophique » (Ibid., p. 26). En réalité, si les idées philosophiques et idéologiques jouent un rôle dans la création du droit, il faut le reconnaître, abstraction faite de toute autre considération, et on n'a pas le droit de considérer une certaine force parce qu'elle est bonne et négliger une autre parce qu'elle est dangereuse. D'ailleurs, Georges Ripert reconnaît que le droit soviétique « est né du triomphe d'une idéologie » (Ibid., p. 421), ou « d'un certain sens de la vie et de la destinée de l'homme » (Ibid., p. 68). Et il affirme que cette philosophie « paraît inconciliable avec celle qui anime notre droit. Chacun choisit » (Ibid., p. 68). En réalité, toute l'œuvre de Georges Ripert est destinée à la défense d'une certaine civilisation et d'une certaine conception du monde. « Je voudrais, dit-il, donner aux juristes la fierté de se dire les défenseurs d'un droit dont dépend notre civilisation » (Ibid., p. VII ; Adde, 128, 152, 153, 163, 173, 178, 188, 343, 345). Dans la *règle morale*, il se réclame de la morale chrétienne. V. supra n° 11. Et dans le *déclin du droit*, il se réclame de Montesquieu, du droit naturel ou « des rapports de justice antérieure et supérieure à toute loi positive » (Ibid., VIII).

(71) Platon, *La République*, 473, D, Classiques Garnier, 1963, p. 196.

(72) Nous entendons décrire le « fait » de la lutte pour le droit à l'encontre d'Ihering qui fait de cette lutte « une thèse de morale pratique » et non point « une thèse de pure théorie juridique ». *La lutte pour le droit*, trad. par O. de Meulenaere, Paris, 1890, p. XV. Pour lui, la lutte est un devoir de l'intéressé envers lui-même (ibid., p. 23) et « envers la société » (ibid., p. 54). D'ailleurs, cette morale nous paraît choquante quand elle défend les prétentions de « Shyloch » (ibid., p. 67 et suivantes). Et nous ne savons pas pourquoi Ihering se rappelle seulement de la loi de Venise, en oubliant totalement les lois des dieux d'Antigone.

(73) J.-M. Bochenski, *La Philosophie contemporaine*, op. cit., p. 7.

l'oppresseur se trouvant en proportion avec celle de l'opprimé, chacun reste à la place où l'a jeté le sort » (61). En réalité, ce serait manque de réalisme que de nier que le droit positif dans le passé et dans le présent est quelquefois le résultat d'une pareille domination. La loi de la force est aussi une loi bien qu'elle soit injuste (62). Cependant, il ne faut pas exagérer l'importance de la lutte des classes, comme l'a fait Marx. Selon ce dernier, « toutes les sociétés antérieures ont reposé sur l'antagonisme des classes oppressives et des classes opprimées » (63). Au point de vue historique, l'affirmation de Marx est fausse. L'humanité a connu aussi le règne de la justice distributive basée sur le juste milieu. « La société, dit le Philosophe, veut surtout des membres égaux et semblables » (64), et « c'est donc un grand bonheur pour l'Etat qu'il ne s'y trouve que des fortunes médiocres et suffisantes » (65). Ainsi, le Philosophe rend hommage aux « excellentes lois qui avaient lieu jadis chez plusieurs peuples, surtout celles qui ne permettaient à personne de posséder soit au-delà d'une certaine quantité de terres, soit à trop grande distance de la ville où l'on demeure » (66). Et il est naturel de constater que les législateurs de telles lois ont été citoyens de moyenne fortune : Salon... ; Lycurge... ; Charondas et presque tous les autres » (67). Et il va sans dire que les exemples tirés de l'histoire grecque ne sont pas des exceptions dans l'histoire du monde (68). L'exagération de la théorie de la domination des classes est telle qu'un philosophe aussi éminent que Bergson a pu soutenir le contraire ; « c'est ainsi, dit-il, que des nobles collaborèrent à la révolution de 1789, qui abolit le privilège de la naissance. D'une manière générale, l'initiative des assauts menés contre l'inégalité — justifiée ou injustifiée — est plutôt venue d'en haut, du milieu des mieux partagés, et non pas d'en bas, comme on aurait pu s'y attar-

---

(61) MACHIAVEL, *Les discours sur la première décade du Tite-Live*, ch. 18, in *Le prince et autres textes, Union Générale d'Editions*, Paris, 1962, p. 157 ; v. aussi « Les luttes des nobles et du peuple », ibid., p. 108 ; « La matière et la forme », ibid., p. 155.

(62) Voir, sur l'influence de « la couche dominante à l'intérieur de la population », H. KELSEN, *Théorie pure*, op. cit., p. 93.

(63) K. MARX et F. ENGELS, *Manifeste du Parti communiste*, op. cit., p. 35.

(64) ARISTOTE, *Politique*, op. cit., liv. 3, ch. 14, p. 151.

(65) ARISTOTE, *Politique*, op. cit., liv. 3, ch. 14, p. 152.

(66) ARISTOTE, *Politique*, op. cit., liv. 3, ch. 13, p. 144.

(67) ARISTOTE, *Politique*, op. cit., liv. 3, ch. 14, p. 152.

(68) Il est à remarquer que l'égalité selon la justice distributive est une égalité proportionnelle ou « géométrique », selon l'expression du Philosophe, *Ethique de Nicomaque*, op. cit., liv. 5, ch. 2, ch. 3. Et il est à remarquer aussi que le Philosophe dénonce le communisme et défend la propriété privée. « Il faut, en effet, dit-il, qu'à certains égards les biens soient communs, mais qu'en général ils apartiennent aux particuliers ». *Politique*, op. cit., Appendice 1, p. 210.

est créé volontairement par l'homme » ([56]). Cependant, les deux éminents moralistes ne se réclament pas de Kant ([57]).

14. — *LES FORCES CREATRICES DU DROIT : LUTTE DE CLASSES ET LUTTES DE PHILOSOPHIES.*

Avant d'étudier les sources directes du droit positif, il faut en étudier les forces créatrices. En effet, le droit positif est le résultat d'une lutte entre les hommes. Et on peut concevoir plusieurs sortes de luttes pour le droit. Cependant, il y en a deux seulement qui ont joué un grand rôle au cours de l'histoire : la lutte des classes et la lutte des philosophies. Aristote remarque que la division des classes ne correspond pas à une division du travail. Et si la division du travail est une source de solidarité, comme le croit Durkheim ([58]), la division des classes est, au contraire, une source de lutte. « Les pauvres et les riches, dit le Philosophe, semblent donc former la principale division des classes de l'Etat » ([59]). Et « quand ils auraient des séditions et des combats entre les pauvres et les riches, ceux qui restent vainqueurs ne souffrent plus de communication ni d'égalité avec les vaincus... ; si c'est le peuple qui a le dessus, il établit une démocratie ; si ce sont les riches, une oligarchie, comme ont fait tous ceux qui ont conquis la souveraineté en Grèce, ajustant les uns et les autres la forme de gouvernement à leur utilité particulière et ne consultant nullement l'intérêt de l'Etat » ([60]).

Deux mille ans après, le Philosophe Machiavel vint affirmer que le Prince ne peut gouverner qu'en s'appuyant sur une classe dominante. « Celui, dit-il, qui prétend établir un royaume ou une principauté là où règne l'égalité, ne pourra réussir qu'en élevant au-dessus du niveau ordinaire les hommes d'un esprit ambitieux... ; en leur donnant des châteaux et des terres, en les environnant de faveurs, de richesses et de sujets : de sorte que, placé au milieu d'eux, il puisse appuyer sur eux son pouvoir, comme ils appuient sur lui leur ambition ; et que le reste soit contraint à souffrir un joug que la force et nul sentiment peut leur faire supporter. La force de

---

(57) G. Ripert réfute l'appui des philosophes (*La règle morale*, op. cit., p. 1 et s.) et se réclame directement d'Ihering (*Les forces créatrices*, op. cit., p. 72).

(58) Emile Durkheim, *De la division du travail social*, P.U.F., 1960. « L'impératif catégorique de la conscience morale, dit-il, est en train de prendre la forme suivante : Mets-toi en état de remplir utilement une fonction déterminée », p. 6.

(59) Aristote, *Politique*, op. cit., Liv. 3, ch. 9, p. 100.

(60) Aristote, *Politique*, op. cit., Liv. 3, ch. 14, p. 153.

sont commandées parce qu'elles sont bonnes, et défendues parce qu'elles sont mauvaises » ([49]). Et la bonté d'un acte humain lui vient de sa soumission à la règle de la raison, d'où les actes humains tirent leur certitude » ([50]). En effet, Grotius n'a rien ajouté à Saint Thomas d'Aquin ([51]). Et il est à remarquer que les Encycliques papales, tout en se réclamant de Saint Thomas d'Aquin, s'expriment cependant dans un langage assez nuancé ([52]).

Mais, sans aller très loin dans la recherche de l'origine du droit naturel, il est hors de doute que le Pouvoir dans l'Etat n'est pas la source de ce droit. Et même, si le Pouvoir arrive à promulguer un droit positif identique dans son contenu au droit naturel, le droit positif ne se transforme pas par là en droit naturel, mais il garde toujours son autonomie en gardant sa source propre et le droit naturel ne se transforme pas non plus en droit positif car il a toujours sa raison propre. Etant donné le dualisme entre le droit positif et le droit naturel, il n'y a aucune contradiction dans la position des jusnaturalistes qui proclament la nécessité d'un droit positif formé à l'image du droit naturel sans s'identifier avec lui et qui se disent en même temps positivistes, car selon cette idée il n'y a de droit positif que celui ordonné ou admis par le Pouvoir de l'Etat.

Et avant de clore ce paragraphe, nous soulignons que notre position ne s'accorde pas parfaitement avec celle de F. Gény, selon lequel « le droit n'est autre chose qu'une branche de la morale » ([53]). En effet, nous ne pouvons que suivre Kant dans l'affirmation selon laquelle le droit positif est toujours la création des hommes. La différence de source entre le droit positif et le droit naturel ou la morale, soulignée par Kant, est, croyons-nous, irréfutable ([54]). Notre position s'approche beaucoup de celle de M. J. Dabin qui affirme que « partout et toujours la règle du droit est fabriquée par l'homme » ([55]), ou de celle de G. Ripert qui affirme que « le droit

---

(49) Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, trad. par M. S. Gillet, o.n. 1932, Qu 57, 2.

(50) Saint Thomas, op. cit., Qu 58, 3.

(51) Voir sur Grotius, H. Kelsen, *Justice et Droit naturel*, Annales de Philosophie politique, Le droit naturel, 1959, p. 72 ; Roubier, *Théorie générale du droit*, 2e éd., 1951, p. 133 ; Marty et Raynaud, *Droit civil*, op. cit., T. 1, p. 22.

(52) *Les Encycliques sociales*, op. cit., *Rerum Novarum*, nos 6, 26, 29, 38 ; *Quadragesimo anno*, nos 100, 104, 108, 201, 209 ; Discours de Pie XII du 1er juin 1941, nos 217, 225, 231, 234 ; *Mater et Magistra*, nos 318, 319, 358, 481 ; *Pacem in terris*, La Croix du 11-4-1963, pp. 5, 6, 7, 8.

(53) F. Gény, *Science et technique*, op. cit., T. 1, p. 89 ; Adde. 4, T. 1, p. 47-52 ; T. 2, pp. 6, 19, 20, 54, 344 ; T. 4, p. 137.

(54) Nous avons fait abstraction d'autres différences, soulignées par Kant.

(55) Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif*, 1935, p. 28.

(56) G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 71.

pêche pas que ce soit le droit naturel qui fournisse « les principes immuables sur lesquels doit être fondée toute législation positive » (42). Elle n'empêche pas non plus que « le droit naturel... ne puisse recevoir aucune atteinte des lois positives » (43). Kant a envisagé même l'hypothèse où le droit positif contient les mêmes impératifs que ceux du droit naturel. « On peut donc concevoir, dit-il, une législation extérieure qui ne contiendrait que des lois purement naturelles » (44). Cependant, la distinction n'en reste pas moins claire. Pour mettre en évidence le dualisme entre le droit positif et le droit naturel, même dans ce cas extrême où s'identifie leur contenu, Kant recourt au principe suprême de la connaissance, le principe de raison. La raison, où la source de chacun de ces deux droits, n'est pas la même. La source du droit positif est toujours les hommes, tandis que la source du droit naturel est indépendante de toute volonté positive. Le droit positif ne se transforme pas en droit naturel pour la seule raison que leur contenu est identique, car, en ce cas-là, le législateur positif « *est l'auteur*, dit Kant, *de l'obligation d'agir suivant la loi* (*naturelle*) *; mais il n'est pas l'auteur de la loi même* (45). Dieu même n'est pas la source de droit naturel. Celui-ci, dit Kant, « peut aussi être représenté comme émanant de la volonté d'un législateur suprême... sans pourtant regarder cette volonté comme cause de la loi » (46). Ainsi, Kant déclare la laïcité du droit naturel (47), suivant en cela la tradition gréco-latino-chrétienne. Il n'est pas étrange en effet, de trouver ce principe chez les Grecs ou chez les Romains, mais ce qui mérite l'attention est de le trouver chez Saint Thomas d'Aquin. « L'ordre de la justice, dit-il, vient de Dieu aussi bien que l'ordre de la nature. Mais Dieu ne peut rien faire qui soit en dehors de l'ordre de la justice, car il ferait alors quelques choses d'injustice. De même, il ne peut rien faire en dehors de l'ordre naturel (48). Aussi, il déclare que « dans la loi divine, les choses

---

(42) KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 42.

(43) KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 82.

(44) KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 35. Chez Kant, la législation extérieure, c'est la législation positive.

(45) KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 38.

(46) KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 38.

(47) F. GÉNY, *La laïcité du droit naturel*, Archives de philosophie du droit et de Sociologie juridique, n° 3-4, 1935, pp. 7-27. Pour répondre à une question posée par F. Gény sur la position du problème dans l'Islam (ibid. p. 15, note 5), il suffit de remarquer que la question était discutée entre les rationalistes dont le chef est « Wassel Ben Ataa » et les non-rationalistes dont le chef est « Alachari » et une troisième école intermédiaire dont le chef est « El Matridi », sous le titre de problème « du bon et du mauvais rationnels ». Voir Abou ZAHRA, Assoul ELFEKH, Le Caire, 1957, p. 67 et s. ; A. KHALAF, Assoul ELFEKH, Le Caire, 1947, p. 106 et s.

(48) SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, trad. par Ch.-V. Héris, o.p. 1959, Qu 105, art. 6.

sera organisée par des contrats entre les particuliers. « Ce que nous mettons à la place des lois, dit-il, ce sont les contrats » (37). Et l'exécution de ces contrats doit rester volontaire, sans sanction par les tribunaux, car il n'y en aura pas.

Non moins révolutionnaire, Karl Marx déclare que « l'Etat n'existe qu'à cause de la propriété privée ». Il est « donc la forme par laquelle les individus d'une classe dominante font valoir leurs intérêts communs » (38). Cependant, il ne faut pas perdre de vue que, dans la première période de l'évolution historique, c'est-à-dire dans la période révolutionnaire, la pensée de Marx est nettement positiviste et étatiste ; « le but immédiat des communistes, dit-il, est la conquête du pouvoir politique par le prolétariat » (39). C'est seulement dans l'avenir, après la fin de toute domination et de toute aliénation, où les hommes seront égaux, que l'Etat disparaîtra. La dialectique de Marx, dit M. Gurvitch, conduit encore « au rêve réalisé du paradis terrestre » (40).

Enfin, Tolstoï, un rationaliste chrétien, ne voit aucune utilité de l'Etat et prévoit sa prochaine disparition dans la société où régneront l'amour et la fraternité chrétiens (41).

On conclut donc que le non-positivisme signifie l'anti-étatisme et que le positivisme signifie l'étatisme dans le sens large du mot, et que chacune des deux tendances se compose des écoles très différentes entre elles.

13. — *LE DUALISME DU DROIT ET DE LA MORALE.*

Après avoir démontré historiquement que les philosophes jusnaturalistes étaient en même temps des positivistes et des étatistes convaincus, il nous reste à expliquer comment une telle position est exempte de toute contradiction. Cette explication, nous l'empruntons à Kant et on peut en trouver des confirmations chez les autres jusnaturalistes. Selon cette explication, il faut toujours garder la distinction entre le droit naturel et le droit positif. Cette séparation n'em-

---

(37) Cité par WALINE, *L'Individualisme et le Droit,* 2e éd., 1949, p. 236, Adde, MARTY et RAYNAUD, op. cit., T. 1, p. 5 ; J. DABIN, *L'Etat ou le politique,* op cit., p. 144 et s.

(38) Karl MARX et Fiedrich ENGELS, *L'Idéologie allemande,* Editions sociales, Paris, 1962, p. 71.

(39) Karl MARX et Friedrich ENGELS, *Manifeste du Parti communiste,* Editions sociales, Paris, 1962, p. 38.

(40) GURVITCH, *Dialectique et Sociologie,* op. cit., p. 155.

(41) Thomas MANN, *Gœthe* et *Tolstoï,* trad. de l'allemand par A. Vialatte, Ed. Victor Attinger, 1947, p. 16 ; G. RIPERT, *Les forces créatrices de droit,* op. cit., 1955, p. 5, note 1.

même de l'autorité et dont la disparition fait de cette autorité une puissance et une force extramorales » ([31]).

Pour finir la liste des positivistes, sans l'épuiser, il nous reste à faire allusion aux positivistes qui se réclament d'une philosophie, aussi positiviste ou scientiste. Ainsi, M. Kelsen affirme que la théorie pure est élaborée dans « le cadre des philosophies du caractère scientifique » ([32]). Et il en résulte que la théorie pure du droit est une théorie engagée comme toutes les autres théories. En réalité, il n'y a aucune théorie pure du droit.

12. — *LA DIVERSITE DES ECOLES NON POSITIVISTES.*

A l'encontre des différentes écoles positivistes ou étatistes dans le sens large du mot, qui voient, dans l'homme, un animal politique, et qui voient en l'Etat une communauté nécessaire, sans être nécessairement d'accord sur d'autres points de vue concernant le but de l'Etat ou les valeurs qui doivent inspirer au pouvoir les règles de conduite obligatoires.

Il y a d'autres écoles non positivistes ou anti-étatistes qui voient en l'Etat un appareil de contrainte et qui prêchent sa prochaine disparition. En effet, la plupart de ces écoles rêvent du Paradis terrestre. Et peut-être, ce sont les stoïciens qui furent les premiers à enseigner une telle doctrine ([33]). Cependant, la tendance anti-étatiste n'a pas cessé de se faire jour de temps en temps. Ainsi, le Philosophe allemand Fichte affirme que « l'Etat est appelé à s'anéantir lui-même. Le but de tout gouvernement devrait être de se rendre inutile » ([34]). Fichte était pacifique. « L'Etat fondé sur la coercition, dit-il, sombrera petit à petit dans le calme, sans qu'il soit besoin d'user de violence contre lui et seulement en raison de sa propre inanité » ([35]). La philosophie anti-étatiste de Fichte a exercé une influence énorme sur d'autres penseurs tels que Saint-Simon, Proudhon, Marx. Mais, à l'encontre de Fichte, l'anti-étatisme de Proudhon était révolutionnaire et agressif. « Le Gouvernement, dit-il, c'est l'Anarchie » ([36]). Après la suppression de l'Etat, la société

(31) Max SCHELER, *Le formalisme en éthique et l'éthique matériale des valeurs,* trad. par Maurice de Gandillac, Gallimard, 2e éd., 1955, p. 336.

(32) H. KELSEN, *Théorie pure,* op. cit., p. 106.

(33) Michel VILLEY, *Leçons d'Histoire de la philosophie du droit,* op. cit., p. 39.

(34) Cité par Georges GURVITCH, *Dialectique et Sociologie,* Flammarion, Paris, 1962, p. 67.

(35) FICHTE, *Théorie de l'Etat,* 1813, œuvres posthumes, IVe vol., p. 599, cité par Gurvitch, op. cit., p. 67.

(36) Cité par GURVITCH, *Dialectique et Sociologie,* op. cit., p. 98.

n'était pas sans influence sur l'Allemagne moderne. « Le maintien de l'Etat militaire, est l'ultime moyen, dit-il, soit de continuer la grande tradition, etc... » (24).

Il y a encore les positivistes biologistes qui se réclament de la philosophie de la vie. Mais il faut remarquer que Bergson, tout en reconnaissant à l'instar d'Aristote que « l'homme est un animal politique » (25), fait une distinction très importante dans son œuvre entre la société close et la société ouverte. La nature a préparé l'homme pour vivre politiquement dans la première et, s'il a pu sortir de cette société, c'était par un « grand effort en sens inverse de la nature » (26). « L'homme, dit-il, avait été fait pour de très petites sociétés » (27) dans lesquelles « le commandement est absolu d'un côté, l'obéissance est absolue de l'autre » (28). Il y a aussi les positivistes existentialistes ; ainsi, Gabriel Marcel déclare que « c'est sans doute avant tout sur le terrain de droit proprement dit que cette lutte doit se poursuivre ». Et Karl Jasper affirme que « la force fonde le droit » (29). Il y a aussi des positivistes qui se réclament d'une morale déterminée, la morale chrétienne, par exemple (Ripert, Dabin) (30).

Il y a, de plus, des positivistes phénoménologues ; ainsi, Max Scheler fait reposer l'autorité publique sur un principe moral. Et c'est sur le discernement de ce principe « que repose la " confiance morale " dans l'autorité, confiance qui fonde par essence l'existence

(24) Nietzche, *La volonté de puissance,* trad. G. Bianquis, Gallimard, T. 2, 1948, p. 98.

(25) Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion,* 100e éd., P.U.F., 1961, p. 297.

(26) H. Bergson, *Les deux sources,* op. cit., p. 302. Voir, sur la tendance biologiste de G. Scelle, Marty et Raynaud, op. cit., T. 1, p. 39.

(27) H. Bergson, *Les deux sources,* op. cit., p. 292.

(28) H. Bergson, *Les deux sources,* op. cit., p. 295.

(29) G. Marcel, *Les hommes contre l'humain,* La Colombe, Paris, 1951, p. 185 ; K. Jaspers, *Liberté et Réunification,* Gallimard, Paris, 1962, p. 37.

(30) G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles,* 4e éd., 1949, p. VI-VII, 2, 4, 27, 32, 299, 405, 409 ; *Les forces créatrices du droit,* Paris, 1953, p. 153, 173, 188 ; Jean Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif,* 1935, p. IX, note 1. Mais il faut remarquer que M. Dabin se réclame aujourd'hui du droit naturel. « L'Etat, dit-il, a sa justification rationnelle et morale du droit naturel, lequel suffit à tout, corrige tout, enlevant presque tout intérêt à la question de son fondement juridique selon le droit positif ». *L'Etat ou le Politique,* Dalloz, Paris, 1957, p. 121. Et M. Dabin reste toujours positiviste, en déclarant que « le droit des juristes » est toujours le droit positif, *la définition du droit à propos d'une étude récente !,* in *Mélanges Roubier,* T. 1, 1961, p. 208. Mais il faut remarquer aussi que M. Michel Villey, attaqué par M. Dabin dans cet article, ne méconnaît point la force créatrice des « pouvoirs centraux de l'Etat », *Leçons d'Histoire de la philosophie du droit,* op. cit., p. 150.

dans toute société la présence d'une autorité », et c'est « l'ordre moral lui-même qui exige la constitution d'une autorité publique de compétence universelle » (18).

C'est pourquoi il ne faut pas s'arrêter à l'affirmation de F. Gény selon laquelle « l'organisation des sociétés humaines en forme d'États a quelque chose d'artificiel, et sort de la technique du droit plutôt que de la nature des choses » (19). Car, la pensée de F. Gény a subi quelque évolution et surtout est revenue sur cette idée, en déclarant que « la science vient ici supplanter la " technique " » (20). Par là, nous avons établi par évidence, que les jusnaturalistes sont des étatistes et des positivistes convaincus. Et si le contraire est répandu, la raison en est, croyons-nous, que ceux-là exigent toujours que le droit positif s'inspire du droit naturel et cette exigence ne plaît pas souvent aux détenteurs du pouvoir. Ainsi, ceux-ci, « qu'ils soient défenseurs du trône ou du capital, dit Lalande, totalitaires, nationalistes ou racistes, n'ont cessé de former un groupe autoritaire en face des partisans de la raison pure... Depuis le temps de Socrate, les premiers traitent les seconds d'anarchistes et d'ennemis de l'Etat » (21). Et comme l'a fait Lalande, tous les grands jusnaturalistes n'ont jamais cessé de dénoncer cette accusation.

11. — *LA MULTIPLICITE DES ECOLES POSITIVISTES.*

Si les jusnaturalistes sont des positivistes, il y a cependant d'autres positivistes qui s'inspirent d'autres philosophies. Il y a d'abord les positivistes sceptiques qui dénoncent le rationalisme. « Il n'y a rien de si conforme à la raison que ce désaveu de la raison, dit Pascal » (22). « Il serait donc bon, dit-il, qu'on obéît aux lois et aux coutumes parce qu'elles sont lois » (23). Il y a aussi les positivistes irrationalistes qui se réclament de Nietzsche, dont la philosophie

(18) *Texte intégral, La Croix* du 11-4-1963, p. 6, 7. Il est à remarquer que les Papes affirment l'antériorité de l'individu sur l'Etat. « L'Etat, dit le Rerum Novarum, est postérieur à l'homme, et avant qu'il pût se former, l'homme déjà avait reçu de la nature le droit de vivre et de protéger son existence ». *Rerum Novarum*, 1891, N°. 6, in *Les Encycliques sociales*, édition Bonne Presse, 1962, p. 86 ; Adde, *Le Quadragesimo Anno*, 1931, N° 108, in *Les Encycliques sociales*, op. cit., p. 153. Mais il ne faut pas mettre cet enseignement en contradiction avec celui d'Aristote, car le Philosophe ne parle pas d'une antériorité historique de l'Etat.

(19) F. Gény, *Méthode d'interprétation*, op. cit., T. 1, p. 202.

(20) F. Gény, *Science et technique*, op. cit., T. 4. p. 77 et s.

(21) A. Lalande, *La raison et les normes*, Librairie Hachette, 1948, p. 97, 98.

(22) Pascal, *Pensées*, N° 465.

(23) Pascal, *Pensées*, N° 287, Adde n° 196, 228, 252, 348.

la valeur intrinsèque des lois auxquelles on est soumis. Car on peut obéir à de mauvaises lois » ([14]). « Il vaut infiniment mieux fermer les yeux sur les bévues des législateurs et du gouvernement. Le plus grand mal est d'ôter la force aux lois et d'accoutumer le peuple à leur désobéir » ([15]).

Ainsi, on peut affirmer sans témérité que le Philosophe est à la fois le père du droit naturel et du positivisme juridique. Et nous verrons un peu plus loin que cette position s'affirme surtout par le réalisme du Philosophe en ce qui concerne la création des lois positives. Non seulement Aristote, mais aussi tous les Philosophes du Contrat social, Hobbes, Loche, J.-J. Rousseau, étaient, en même temps, jusnaturalistes et positivistes. Et nous verrons plus loin, dans notre étude du problème moral du contrat, que la théorie du contrat social ne déroge point à l'enseignement du Philosophe. Kant, l'auteur de « l'impératif catégorique », cette « loi universelle de la nature », enseigne lui aussi que le droit naturel oblige l'homme à entrer dans une société juridique ou une société de la justice distributive selon ses termes. Il y a, en effet, un impératif catégorique selon lequel : « Tu dois, à cause du rapport de coexistence qui s'établit inévitablement entre toi et les autres hommes, sortir de l'état de nature pour entrer dans un état juridique, c'est-à-dire dans un état de justice distributive » ([16]). Dans l'état juridique, l'auteur de l'impératif catégorique fait passer avant tout l'établissement de l'ordre et exige l'obéissance à la loi, si injuste qu'elle soit. Ainsi, le positivisme de Kant va jusqu'au refus du droit de résistanee. « Il n'y a donc, dit-il, contre le suprême législateur de l'Etat, aucune résistance légitime de la part du peuple... Le devoir qu'a le peuple de supporter l'abus du pouvoir suprême, alors même qu'il passe pour insupportable, se fonde sur ce que l'on ne doit jamais considérer sa résistance que comme illégale » ([17]).

En effet, le positivisme de Kant est très accentué, car, même en admettant le droit de résistance, on peut rester positiviste tant qu'on cherche à remplacer le pouvoir par un autre pouvoir.

Dans les temps modernes, la doctrine la plus authentique de droit naturel est, sans doute, celle des Papes. Et celle-ci s'accorde parfaitement avec l'enseignement du Philosophe. Ainsi, l'encyclique « Pacem in terris » affirme que la Cité est « une communauté nécessaire » dotée d'une autorité sans laquelle il n'y a pas d'existence, pas de vie pour le groupe ». Et c'est « l'ordre moral qui postule

---

(14) *Ibid.*, Liv. 3, ch. 9, p. 92.

(15) *Ibid.*, Appendice 3, p. 226.

(16) Kant, *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, op. cit., 1854, p. 159, Adde, p. 158, 160, 176.

(17) *Ibid.*, p. 180, Adde, p. 177, 178, 179, 183.

la position d'Aristote, le père du droit naturel. Et nous verrons plus loin comment le principe de contradiction n'a rien à voir avec une telle position. Selon Aristote, c'est la nature même qui a créé l'Etat. Sous le titre « L'homme, animal civique », le Philosophe affirme « qu'il est donc évident que toute Cité est dans la nature, et que l'homme est naturellement fait pour la société politique. Celui qui par son naturel et non par l'effet du hasard existerait sans aucune patrie serait un individu détestable, très au-dessus ou très au-dessous de l'homme » (4).

Si l'apparition historique de l'individu précède celle de l'Etat, cependant la nature a conçu l'Etat avant de concevoir l'individu. « L'état ou société politique, dit le Philosophe, est même le premier objet que s'est proposé la nature. Le tout est nécessairement avant la partie » (5). La pensée d'Aristote ne s'arrête pas là, car « il faut d'ailleurs, dit le Philosophe, que tout citoyen se persuade que personne n'est à soi, mais que tous appartiennent à l'Etat, dont chacun est partie ; qu'ainsi le gouvernement de chaque partie doit naturellement se modeler sur le gouvernement du tout » (6).

Ici, les propos du Philosophe paraissent fort inquiétants ; cependant, il ne faut pas les séparer des autres parties de sa philosophie, et surtout de celle qui concerne le but de l'Etat, selon laquelle « ce n'est pas seulement pour vivre ensemble, c'est pour *bien vivre* ensemble qu'on s'est mis en état » (7). Ainsi, le Philosophe conclut que « la source du bonheur est la même pour les Etats et pour les particuliers » (8).

De plus, il témoigne d'un certain conformisme en affirmant que « partout l'éducation doit se régler sur la forme du gouvernement » (9). « Or, éduquer les sujets en consonance avec l'Etat n'est pas flagorner les grands ou le peuple », mais conserver l'Etat (10). Le philosophe permet les diversités des formes des gouvernements et la différence des lois d'un pays à un autre (11). « Le droit n'étant pas le même dans toutes les constitutions, la justice doit nécessairement y être différente » (12). Et dans tous les régimes politiques, à l'exception des régimes tyranniques qui sont « contre nature » (13), l'établissement de l'ordre va avant la justice. « La soumission aux lois existantes est la première partie d'une bonne police ; la deuxième,

(4) ARISTOTE, *Politique*, op. cit., Introduction, p. 6, Adde, Liv. 2, Ch. 5, p. 44.
(5) ARISTOTE, *Politique*, op. cit., Introduction, p. 7.
(6) *Ibid.*, Liv. 2, ch. 6, p. 63.
(7) *Ibid.*, Liv. 2, ch. 5, p. 44.
(8) *Ibid.*, Liv. 2, ch. 5, p. 52.
(9) *Ibid.*, Liv. 2, ch. 6, p. 62.
(10) *Ibid.*, Liv. 4, ch. 18, p. 197.
(11) *Ibid.*, Liv. 2, ch. 5, p. 50.
(12) *Ibid.*, Liv. 4, ch. 18, p. 195.
(13) *Ibid.*, Liv. 3, ch. 12, p. 127.

grands positivistes (Hobbes, Hegel) étaient des jusnaturalistes. On peut s'étonner de lire chez Hegel que « ce qui est rationnel est réel et ce qui est réel est rationnel » (3). Est-ce à dire qu'Hegel n'a pas bien compris le vrai sens du droit naturel ? Absolument pas. Même si l'on n'adhère pas à la philosophie hegelienne, il faut toujours prendre au sérieux et avec tout le respect qu'elles méritent les affirmations d'un philosophe si éminent. De plus, les critères du jugement doivent être toujours tirés de la pensée des philosophes eux-mêmes. Un non philosophe ne saurait sans pédantisme juger selon ses propres critères la position d'un philosophe. Ce serait plutôt une incompréhension, et non pas un jugement. Partant de ce point, nous avons cherché le vrai critère de distinction de positivisme juridique et de non-positivisme, et qui s'accorde bien avec la pensée des philosophes du droit.

9. — *CRITERE DU POSITIVISME JURIDIQUE.*

Selon ce critère, le positivisme juridique est la doctrine qui reconnaît la nécessité inéluctable de la Cité ou de l'Etat, avec tous ses éléments constitutifs, y compris le Pouvoir qui monopolise à lui seul le droit d'*ordonner* ou d'*admettre* les règles de conduite obligatoires dans cet Etat. Le positivisme ainsi compris n'implique aucun engagement philosophique. Le juriste positiviste peut adhérer à n'importe quelle philosophie : philosophie de la matière, de l'idée, de la vie, de l'essence, de l'existence ou de l'être entre autres ; il peut croire à des valeurs tout à fait différentes de celles qui inspirent le Pouvoir dans l'Etat où il vit. Même si sa philosophie lui demande de lutter ou de se révolter contre ce pouvoir, il n'en reste pas moins positiviste tant qu'il cherche à remplacer le pouvoir par un autre pouvoir, et non pas par l'anarchie. A l'encontre du positivisme juridique, le non-positivisme ne reconnaît pas la nécessité de l'Etat et du Pouvoir et enseigne leur prochaine disparition. Les non-positivistes s'inspirent, eux aussi, des philosophies très différentes (Fichte, Saint-Simon, Proudhon, Marx et Tolstoï).

10. — *TOUS LES JUSNATURALISTES SONT DES POSITIVISTES CONVAINCUS.*

Selon ce critère, tous les jusnaturalistes sont des positivistes convaincus. Et pour en donner la preuve, il nous suffit d'exposer

(3) HEGEL, *Principes de la philosophie du droit.* Traduction de Kaan, préface de Jean Hyppolite, Gallimard, 1921, p. 30.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

OBSERVATIONS SUR LE RAPPORT ENTRE LE DROIT ET LA MORALE

7. — *LA MORALE NATURELLE ET LE DROIT NATUREL.*

Nous entendons, ici, la morale dans sa signification traditionnelle, à savoir la morale naturelle ou rationnelle. Ainsi comprise, la morale s'identifie avec le droit naturel ou rationnel. « La vertu morale, dit Saint Thomas d'Aquin, se définit par la droite raison, selon le Philosophe ». « De là vient, dit-il encore, que ce que la raison dicte à l'homme lui est naturel au titre d'être raisonnable. C'est aussi l'opinion du jurisconsulte Gaïus... ; on appelle « droit des gens ce que la raison naturelle établit entre tous les hommes » (1). De même, pour Kant, « l'impératif catégorique », et « la loi universelle de la nature sont des synonymes » (2).

8. — *JUSNATURALISME ET POSITIVISME.*

Il est très répandu chez les juristes contemporains que le jusnaturalisme et le positivisme sont deux positions contradictoires. Un juriste ne saurait être à la fois jusnaturaliste et positiviste. La vérité n'en est rien. Ainsi, pour notre part, nous adhérons à la doctrine de la morale naturelle ou du droit naturel. Et nous affirmons, en même temps, notre attachement au positivisme juridique. En effet, notre position s'accorde parfaitement avec tous les documents authentiques de la doctrine du droit naturel à partir d'Aristote jusqu'à l'encyclique « Pacem in Terris » du Pape Jean XXIII. Tous les grands jusnaturalistes (Aristote, Kant) étaient des positivistes, et tous les

---

(1) Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Qu 57.3 ; Qu 58.3.

(2) Kant, *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. par Barni, 1854, p. 34, 35, 38, 42, 82, 158, 159, 160 ; Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, traduction nouvelle par Victor Delbos, Librairie Delagrave, 1962, p. 103, 136, 137, 138, 141, 144, 147, 164, 166, 208.

PLAN

Le plan de notre étude est le suivant :

Chapitre préliminaire : *Observations sur le rapport entre le droit et la morale.*

Chapitre premier : *Le problème moral du contrat.*

Chapitre II : *La novation nécessaire.*

Chapitre III : *Le jugement source d'obligation.*

Chapitre IV : *Les applications, l'analyse et les effets du jugement constitutif d'obligation.*

seule capable d'expliquer beaucoup de théories doctrinales modernes et beaucoup d'arrêts de la cour de casastion française en matière de responsabilité civile, soit délictuelle, soit contractuelle. Cependant, la théorie de l'obligation judiciaire ne se réclame pas de la novation nécessaire du droit romain, ni de ses prolongements modernes. Au contraire, toutes ces théories nous paraissent critiquables. En effet, la novation nécessaire dont se réclame la théorie de l'obligation judiciaire est subordonnée au mécanisme de la révision de contrat par le juge selon ses propres conditions.

6. — *L'OBLIGATION JUDICIAIRE ET LA MORALE.*

L'obligation judiciaire ne se crée pas du néant ; elle succède à une obligation contractuelle, anéantie et démolie. Et, comme nous le verrons plus loin, la révision créatrice de l'obligation, c'est la révision nécessaire et impérative, imposée à la volonté des parties. Le problème de la révision du contrat par le juge n'est point un problème purement technique. Toute tentative de chercher la solution du problème dans les seules constructions juridiques est vouée à l'échec. Il en va ainsi pour les essais d'envisager le problème par le recours aux théories de la cause, de l'erreur sur l'équivalent, de la clause rebus sic stantibus..., etc. En effet, la solution ne se fonde pas sur les éléments du contrat. Il s'agit d'un dépassement du contrat. Mais avant de mettre en cause l'existence du contrat, le législateur a dû prendre parti sur la valeur morale du contrat, de l'engagement contractuel et de la parole donnée. C'est la solution morale du problème qui précède et commande sa solution technique. De même, en confiant au juge la tâche de la révision du contrat, le législateur se fait une idée spéciale de la fonction juridictionnelle qui ne sera pas sans rapport avec la morale. Ainsi, la morale explique toute l'opération, soit du côté du contrat révisé, soit du côté de l'acte juridictionnel. Mais, une telle affirmation exige d'établir le rapport entre le droit et la morale. Même s'il se réalise par la force et la lutte, le droit se fonde sur la morale. Il est faux d'admettre que la morale relève simplement de la superstructure des rapports économiques dans un certain pays. En effet, économie et morale ne s'excluent pas. Au contraire, l'économie elle aussi doit être juste.

intégrante de la doctrine kelsénienne, et on ne saurait l'accepter sans adhérer complètement à cette doctrine.

En réalité, nous ne pouvons nullement accepter la théorie moniste d'Hans Kelsen, et cela pour une double raison.

D'abord, le Code civil, soit en France, soit en Egypte, est élaboré sur le dualisme du droit objectif et du droit subjectif, et c'est une règle fondamentale de l'interprétation juridique que la technique soit dominée par la loi (47). Dans les deux pays, aucun juriste ne pourrait méconnaître ce dualisme sans méconnaître sa mission.

D'autre part, le système dualiste marque beaucoup d'avantages par rapport au système moniste, abstraction faite de toute autre considération. En effet, il y a une différence de nature et non seulement de degré entre la norme générale et la norme dite individuelle. Le droit objectif ne peut être composé que des règles générales et abstraites. « Les lois, dit Aristote, règlent toutes choses en général » (48). Au contraire, « les volontés particulières, dit le Philosophe, ne peuvent jamais être une règle bien sûre » (49). Si Kelsen accuse la doctrine traditionnelle « d'ignorer l'idée de la norme juridique individuelle » (50), nous persistons à demeurer dans cette ignorance louable et salutaire. Les situations particulières, disent, fort justement, MM. Marty et Raynaud, « se prêtent mal à une inclusion dans le droit objectif, en raison même de leur manque de généralité » (51). Ainsi, il faut garder le dualisme des règles générales et des situations particulières, tout en admettant leur rapport étroit et leur influence réciproque.

5. — *L'OBLIGATION JUDICIAIRE ET LA NOVATION NECESSAIRE.*

Ainsi distinguée, la théorie de l'obligation judiciaire peut se formuler dans les termes suivants : En révisant *une obligation contractuelle, le jugement éteint celle-ci et en fait naître une nouvelle. Ce jugement est novateur, constitutif et source d'obligation.*

La théorie de l'obligation judiciaire repose ainsi sur une notion spéciale de la novation nécessaire. Le droit romain classique connaît la novation nécessaire (52), et celle-ci, loin de disparaître, est la

(46) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e éd., op. cit., p. 158.
(47) F. Gény, *Science et Technique*, T. 3, p. 501, 502 ; T. 4, p. 57, 58.
(48) Aristote, *Politique*, liv. 3, ch. 12, Bibliothèque de la Science politique, 1950, p. 122.
(49) Aristote, *Politique*, op. cit., Appendice 4, p. 233.
(50) Kelsen, *Théorie pure*, op. cit., p. 320.
(51) C. Marty et P. Raynaud : Droit civil, T. 2, 1er volume, 1962, p. 17.
(52) Digeste, 46, 2, 29 ; Gaïus, Inst., 3, 180.

réfléchie et mesurée. La théorie des obligations est « rebelle aux innovations téméraires » (41).

En réalité, la technique duguiste repose toute entière sur une certaine distinction entre les situations subjectives et les situations objectives. « La distinction que je viens de faire, dit-il, entre les situations juridiques objectives et les situations juridiques subjectives est fondamentale. On ne peut comprendre le droit que si on la comprend elle-même et on la retrouve à chaque page au cours de cet ouvrage » (42). Le critère de cette distinction n'est pas tiré du contenu de la situation, mais de sa source (43). Et, pour cette raison même, la distinction de Duguit nous paraît inacceptable. Seulement nous remarquons ici que la distinction entre les situations subjectives et les situations objectives est reprise par le Doyen Paul Roubier, mais cette fois sous un autre thème. Le Doyen Roubier souligne avec clarté « qu'il faut éviter de transformer la distinction des situations juridiques subjectives et des situations juridiques objectives en une simple distinction des situations juridiques contractuelles et des situations juridiques légales. Cette seconde distinction est relative exclusivement aux modes de création des situations juridiques, alors que la première est relative au contenu et à l'objet même de la situation juridique. Or, il est bien évident que les deux distinctions ne coïncident pas » (44). Par là même, cette distinction cesse d'influencer sur notre recherche qui relève du principe de raison et de la théorie des sources des obligations.

4. — *L'OBLIGATION JUDICIAIRE ET LA THEORIE KELSENIENNE DU JUGEMENT : NORME INDIVIDUELLE.*

La théorie de l'obligation judiciaire n'a non plus aucun rapport avec la théorie kelsénienne du jugement norme individuelle. Sous le titre du « caractère constitutif des décisions juridictionnelles » (45), Kelsen nous enseigne que le jugement est toujours constitutif d'une norme individuelle, c'est-à-dire d'une obligation individuelle, étant donné « l'identité de la norme juridique et de l'obligation juridique » (46).

Ici encore, la théorie du jugement norme individuelle fait partie

(41) F. Gény, *Science et Technique*, op. cit., T. 4, p. 74.
(42) L. Duguit, *Traité du Droit constitutionnel*, op. cit., T. 1, p. 314.
(43) L. Duguit, *Traité du Droit constitutionnel*, op. cit., T. 1, p. 314.
(44) P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963, p. 60, 61, Adde p. 66, 413.
(45) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e éd., op. cit., p. 318 et s.

le pouvoir de réviser le montant des honoraires des mandataires [37], et selon la théorie de l'obligation judiciaire, le jugement rendu en ce cas est constitutif et source d'obligation. C'est pourquoi, tout en gardant la distinction entre le jugement et la jurisprudence, une bonne théorie ne saurait négliger leur harmonie, voire leur interdépendance.

Il est évident que le rôle de la jurisprudence dans la création du droit objectif relève aussi du principe de raison. La recherche des sources du droit objectif s'impose aux juristes qui doivent répondre, sans conditions, à l'appel du dit principe. Ainsi, M. Michel Villey dénonce avec raison le « nihilisme » qui enseigne « l'absence de doctrine des sources » [38].

Cette fois aussi, l'appel du principe de raison nous concerne, étant donné le rapport étroit entre le droit objectif et le droit subjectif. Cependant, ce rapport, si étroit qu'il soit, ne cachera point la première proposition de la théorie de l'obligation judiciaire, à savoir sa dépendance de la théorie de l'acte juridictionnel et non pas de celle de la jurisprudence.

3. — *L'OBLIGATION JUDICIAIRE ET LA THEORIE DUGUISTE DU JUGEMENT : ACTE SUBJECTIF.*

Après avoir distingué la théorie de l'obligation judiciaire de celle de l'obligation jurisprudentielle, il nous faut maintenant distinguer la théorie de l'obligation judiciaire de la théorie duguiste du jugement : acte subjectif. Selon Duguit, le jugement subjectif, comme tout autre acte juridique subjectif, est constitutif d'une situation juridique subjective [39]. Ce jugement peut être rendu non seulement dans les cas de la juridiction subjective, mais aussi dans les cas de la juridiction objective, comme par exemple la condamnation aux dommages-intérêts dans la responsabilité délictuelle [40].

Il va sans dire que la théorie du jugement acte subjectif est inséparable de la doctrine révolutionnaire de Léon Duguit, à laquelle nous n'adhérons point.

Au contraire, la théorie de l'obligation judiciaire est destinée à faire partie de la technique traditionnelle, dans son évolution

---

(37) Ce pouvoir fut consacré pour la première fois par l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 11 mai 1824, S, 1825, 1, 133.

(38) Michel VILLEY, *Leçon d'histoire de la philosophie du droit*, nouvelle édition, Dalloz, Paris, 1962, p. 133.

(39) L. DUGUIT, *Traité du Droit constitutionnel*, op. cit., T. 2, p. 464, 465.

(40) L. DUGUIT, *Traité du Droit constitutionnel*, op. cit., T. 2, p. 485 et s.

vigoureuse des pouvoirs (27), et ici seulement sa position peut être critiquée ; cependant, il n'y a aucune contradiction dans celle-ci, comme on l'a cru quelquefois (28), car un jugement ne constitue pas, en principe, une jurisprudence (29).

L'attitude de Léon Duguit n'est pas moins significative. Il réduit le rôle de la jurisprudence à un rôle « tout à fait analogue à celui de la doctrine des juristes » (30). Les tribunaux découvrent et expriment la règle, mais « ils ne la créent pas » (31). Chez Léon Duguit, aussi bien que chez François Gény, la jurisprudence contribue seulement à la formation des règles coutumières, sans s'identifier à elles (32). Cependant, Duguit n'a éprouvé aucune peine à considérer l'acte juridictionnel comme acte juridique proprement dit, créateur d'une situation nouvelle. Dans la juridiction subjective, comme dans la juridiction objective, le jugement est toujours constitutif (33).

A l'encontre de Duguit, M. Paul Esmein se déclare l'ennemi de l'idée du jugement constitutif, « ce vieil outil de mauvaise qualité » (34). Cependant, il n'hésite pas à considérer la jurisprudence comme source de droit. « C'est trop méconnaître la réalité, dit-il, que refuser d'y voir une source de droit » (35).

Nous nous bornons à ces trois exemples pour démontrer la distinction entre la jurisprudence et le jugement quant à leurs effets créateurs.

Néanmoins, il ne faut pas exagérer la portée de cette distinction, car ce sont les jugements qui constituent la jurisprudence par leur répétition. « Le jugement est la pièce constitutive à partir de laquelle la jurisprudence va s'édifier » (36). D'autre part, la jurisprudence, une fois constituée, contribue avec les autres sources de droit objectif à la définition de la fonction juridictionnelle et à la délimitation de son pouvoir. Ainsi, c'est la jurisprudence qui a donné au juge français

---

(27) F. Gény, *Méthode d'interprétation*, op. cit., T. 1, p. 202, 208, 217 ; T. 2, p. 35, 288, 322, 370.

(28) Boulanger, *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*. Rev. trim. du Dr. civil, 1961, p. 418.

(29) Voir, sur le précédent judiciaire, F. Gény, *Méthode d'interprétation*, op. cit., T. 2, p. 38, 48.

(30) L. Duguit, *Traité du Droit constitutionnel*, 3e édit., T. 1, 1927, p. 160, 164.

(31) L. Duguit, *Traité du Droit constitutionnel*, op. cit., T. 1, p. 165.

(32) L. Duguit, *Traité*, op. cit., T. 1, p. 165 ; F. Gény, *Méthode d'interprétation*, op. cit., T. 3, p. 59 et s.

(33) L. Duguit, *Traité du Droit constitutionnel*, T. 2, 3e éd., 1928, La juridiction subjective, p. 458-474. La judiction objective, p. 475-495 ; *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, Revue du Droit public, 1906, p. 455, 456, 462.

(34) P. Esmein, *J.C.P.*, 1949, 2, 4911, Adde, *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*, Thèse, Paris, 1914, surtout p. 244.

(35) P. Esmein, *La loi et la jurisprudence*, Rev. trim. du Dr. civ., 1952, p. 20.

(36) Jean Carbonnier, *Sociologie juridique, Les procès et le jugement*, Cours doctorat, Paris, 1961-1962, p. 264.

l'étude des effets de cette obligation » (22). Il est clair, de ce qui précède, que la théorie de l'obligation judiciaire prétend que le jugement est une cause suffisante pour l'obligation.

2. — *L'OBLIGATION JUDICIAIRE ET L'OBLIGATION JURISPRUDENTIELLE.*

Il importe, dès le début, de séparer la théorie de l'obligation judiciaire de celle de l'obligation jurisprudentielle, comme l'obligation de sécurité dans le contrat du transport, énoncée par Josserand, il y a plus de trente ans (23). La différence entre les deux est aussi une différence dans la source. C'est la jurisprudence, agissant en source du droit objectif, qui crée l'obligation jurisprudentielle. Celle-ci est donc une obligation légale. En revanche, c'est le jugement qui crée l'obligation judiciaire, selon une délégation expresse, donnée par le droit objectif pris dans ses sources différentes, y compris la jurisprudence. L'obligation judiciaire relève de la théorie du jugement et de celle de l'acte juridictionnel, tandis que l'obligation jurisprudentielle relève de la théorie de la jurisprudence.

Et il importe, dans un système juridique comme celui de l'Egypte, ou celui de la France, qui ne reconnaît pas le précédent judiciaire, de garder la distinction entre le jugement et la jurisprudence. Cette distinction, seule, permet d'expliquer l'attitude d'éminents maîtres, qui reconnaissent un pouvoir créateur au jugement, sans en reconnaître un à la jurisprudence ou le contraire. Ainsi, François Gény, qui admet la lacune dans la loi écrite (24), autorise le juge d'entreprendre une « libre recherche scientifique », pour « créer une solution de droit » (25), envisage cette lacune. Et cela n'empêche pas sa persistance ; « je persisterai, dit-il, à refuser de voir, en notre jurisprudence, une source formelle de droit privé positif, qui, à côté de la loi écrite et de la coutume, puisse jouir d'une force créatrice indépendante » (26). En effet, F. Gény nous enseigne une séparation

---

(22) R. DEMOGUE, *De la classification des sources des obligations*, in Scritti Ciuridici Dedicati Ed offerti G. P. Chironi, 1915, p. 115.

(23) Louis JOSSERAND, Le contrat dirigé, D., ch. 1933, p. 89 ; *L'essor moderne du concept contractuel*, in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, T. 2, 1935, p. 339, 340.

(24) Selon F. GÉNY, la lacune dans la loi écrite découle de la nature des choses. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e édit., 1919, T 1, p. 117, 118, 195, 197 et T. 2, p. 2, 129, 313, 341, 346, 360, 366, 370, 379, 380, 386, 408, Science et Technique, op. cit., T. 4, p. 45, note 1.

(25) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, op. cit., T. 2, p. 318 ; Adde, T. 1, p. 208-267, T. 2, p. 33, 36, 77, 102, 322.

(26) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, op. cit., T. 2, p. 49.

elle-même un objet de la connaissance soumis au principe de raison (10). Celui-ci est « le principe suprême, non seulement de la connaissance, mais en même temps des objets de la connaissance » (11). Ce principe exige que la raison soit suffisante. C'est pourquoi il s'énonce : « Le principe de la raison suffisante qu'il faut fournir » (12). Ainsi, Marcel Planiol s'est remarquablement exprimé en exigeant que la cause d'obligation soit « satisfaisante » (13). Avec Kant, la raison (cause) ne sera plus séparée de la Raison. « La raison est une chose qui doit être fournie à l'homme qui se représente, qui pense » (14). Pris dans son double sens, le principe de raison s'accorde parfaitement avec la pensée de Marcel Planiol selon laquelle la cause d'obligation doit être « satisfaisante pour l'esprit » (15).

Si un philosophe comme Martin Heidegger a pu déclarer que « sans ce principe..., il n'y aurait pas d'université moderne », « L'université d'aujourd'hui repose sur le principe de raison » (16), et, un peu plus loin, ajoute-t-il, « nous avons conscience d'appartenir à l'université, c'est dire que nous nous mouvons sur le terrain sur lequel l'université repose : sur le principe de raison » (17). Nous pouvons déclarer sans témérité que sans la connaissance des vraies sources des obligations, il n'y aurait pas de théorie des obligations. Il ne faut jamais se lasser de rechercher les sources des obligations même si « la difficulté » (18) de recherche dépasse de beaucoup ses résultats pratiques, étant donné qu'une « obligation contractuelle ou extra-contractuelle doit en principe produire un effet identique si elle a le même contenu » (19). A en croire Martin Heidegger, on doit répondre « à l'appel de la ratio reddenda et cela sans conditions » (20). « Parce qu'une vérité, dit Leibniz, n'est une vérité que si l'on peut en fournir la raison » (21). Et même sur le plan de l'utile, la connaissance de source d'obligation « peut aussi, dans une certaine mesure, être utilisée pour

---

(10) Kelsen, op. cit., p. 110 ; voir, sur les sources des normes, p. 313 et suivantes.

(11) Heidegger, op. cit., p. 89.

(12) Heidegger, op. cit., p. 98, 99, 130, 139, 166, 169, 170, 252, 255.

(13) M. Planiol, *Classification des sources des obligations*, revue critique de législation et de jurisprudence, 1904, p. 227.

(14) Heidegger, op. cit., p. 82-83 ; voir, sur le double sens de « Ratio », Heidegger, op. cit., p. 82, 83, 111, 118, 119, 123, 169, 170, 174, 175, 176, 214, 216, 230, 253.

(15) M. Planiol, *Classification des sources des obligations*, op. cit., p. 227.

(16) Heidegger, op. cit., p. 84

(17) Heidegger, op. cit., p. 91 — Add., p. 89, 95, 157, 167, 168, 190, 250, 253.

(18) Paul Esmein, *L'Obligation et la responsabilité contractuelle*, in Le Droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert, T. 2, 1950, p. 104.

(19) Henri Mazeaud, *Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extra-contractuelles ;* « obligations déterminées » et « obligation générale de prudence et diligence », Rev. trim. du Dr. Civ., 1936, p. 3.

(20) Heidegger, op. cit., p. 95.

(21) Cité par Heidegger, op. cit., p. 250.

INTRODUCTION

1. — *L'OBLIGATION JUDICIAIRE ET LE PRINCIPE DE RAISON.*

Selon un mot célèbre du Philosophe, « celui qui connaît connaît quelque chose... » (1). Et notre peu de savoir nous laisse croire que la révision du contrat par le juge fait naître une nouvelle obligation, c'est l'obligation judiciaire. La validité d'une telle croyance est subordonnée à sa conformité aux principes de la connaissance et en l'occurrence au principe de raison ou de causalité (2). En réalité, on ne saurait considérer le jugement comme cause efficiente, ou comme source de l'obligation, sans remplir les exigences du principe de causalité. Celui-ci s'énonce « Nihil est sine ratione seu nullus effectus sine causa... ». « Rien n'est sans raison ou aucun effet n'est sans cause... » (3). Ce principe, connu vulgairement depuis toujours, fut promulgué, pour la première fois, par Leibniz au XVII^e siècle, et on se demande « où a-t-il dormi si longtemps ? » (4). Une fois promulgué, le principe de raison est devenu « le principe suprême de la connaissance » (5), » le grand et puissant principe, le principe très noble et illustre » (6), « le principe de tous les principes » (7).

Ce principe est le principe suprême de la « connaissance philosophique et scientifique » et de « toute connaissance » (8). Surtout, il est le principe suprême de la connaissance juridique. Il va sans dire que normativité et causalité ne s'excluent pas (9), car la norme est

---

(1) Voir, sur l'interprétation de cette phrase, F. Gény, *Science et Technique en droit privé positif*, T. 1, 1913, p. 128.

(2) Martin Heidegger, *Le principe de raison*, Fribourg, 1957. Traduit de l'allemand par André Préau, Préface de Jean Beaufret, Gallimard, Paris, 1962.

(3) Heidegger, op. cit. p. 77, voir sur l'identité du principe de raison et du principe de causalité : p. 77, 78, 79, 80, 86, 90, 139, 200, 203, 211, 214, 215, 248.

(4) Voir, sur « l'étrange histoire de ce principe », Heidegger, op. cit., p. 45, 46, 86, 135, 136, 248 ; voir, sur la supposition intéressante de M. Hans Kelsen, selon laquelle « la loi de causalité est née du principe de rétribution », *Théorie pure du droit*, 2e éd. trad. par Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, p. 117.

(5) Heidegger, op. cit., p. 89.

(6) Heidegger, op. cit., p. 249.

(7) Heidegger, op. cit., p. 52 ; voir, dans le même sens, p. 54, 98, 165, 166, 196, 266.

(8) Heidegger, op. cit., p. 80.

(9) Kelsen, *Théorie pure*, op. cit., p. 129.

quant il décrit le jugement source d'obligation et apporte de nouvelles clartés sur la notion de jugement constitutif qui est, pour l'auteur, essentiellement fondée sur le pouvoir discrétionnaire du juge et s'accorde parfaitement avec la fonction juridictionnelle de celui-ci sans introduire aucun élément hétérogène dans l'acte juridictionnel.

Il ne restait plus qu'à faire usage de la technique ainsi définie pour analyser comparativement les consécrations égyptiennes et françaises de l'obligation judiciaire. Dans leurs institutions communes et dans celles qui sont propres à l'une et à l'autre des deux législations, M. TANAGHO *voit une illustration de la convergence fondamentale des deux civilisations musulmane et chrétienne sur les rapports du contrat et de la Morale.*

Cette étude qui témoigne de l'ampleur et de la variété de la culture de son auteur en même temps que la finesse de son esprit juridique, M. TANAGHO *a voulu, avant de retourner dans son pays pour y enseigner le droit civil, la présenter à la Faculté de Droit de Paris, qui a pu, grâce à elle, inscrire* M. TANAGHO *au rang de ses docteurs.*

Ayant eu le privilège de goûter longtemps l'hospitalité de l'Egypte et de ses juristes avant que n'éclatent des orages aujourd'hui oubliés, nous avons des raisons toutes personnelles de cueillir avec joie ce beau fruit de l'amitié que scelle la commune poursuite d'un même idéal. L'arbre qui l'a donné est encore riche de belles promesses.

Pierre RAYNAUD

Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques
de Paris

PRÉFACE

Les termes d' « obligation judiciaire » surprendront par leur nouveauté. Ils expriment l'opinion de M. Samir TANAGHO *sur la nature de l'obligation contractuelle après sa révision par le juge ; le sujet du livre consacré à son étude, étant de décrire et d'expliquer le pouvoir de révision du contrat, exceptionnellement reconnu au juge par les droits français et égyptien.*

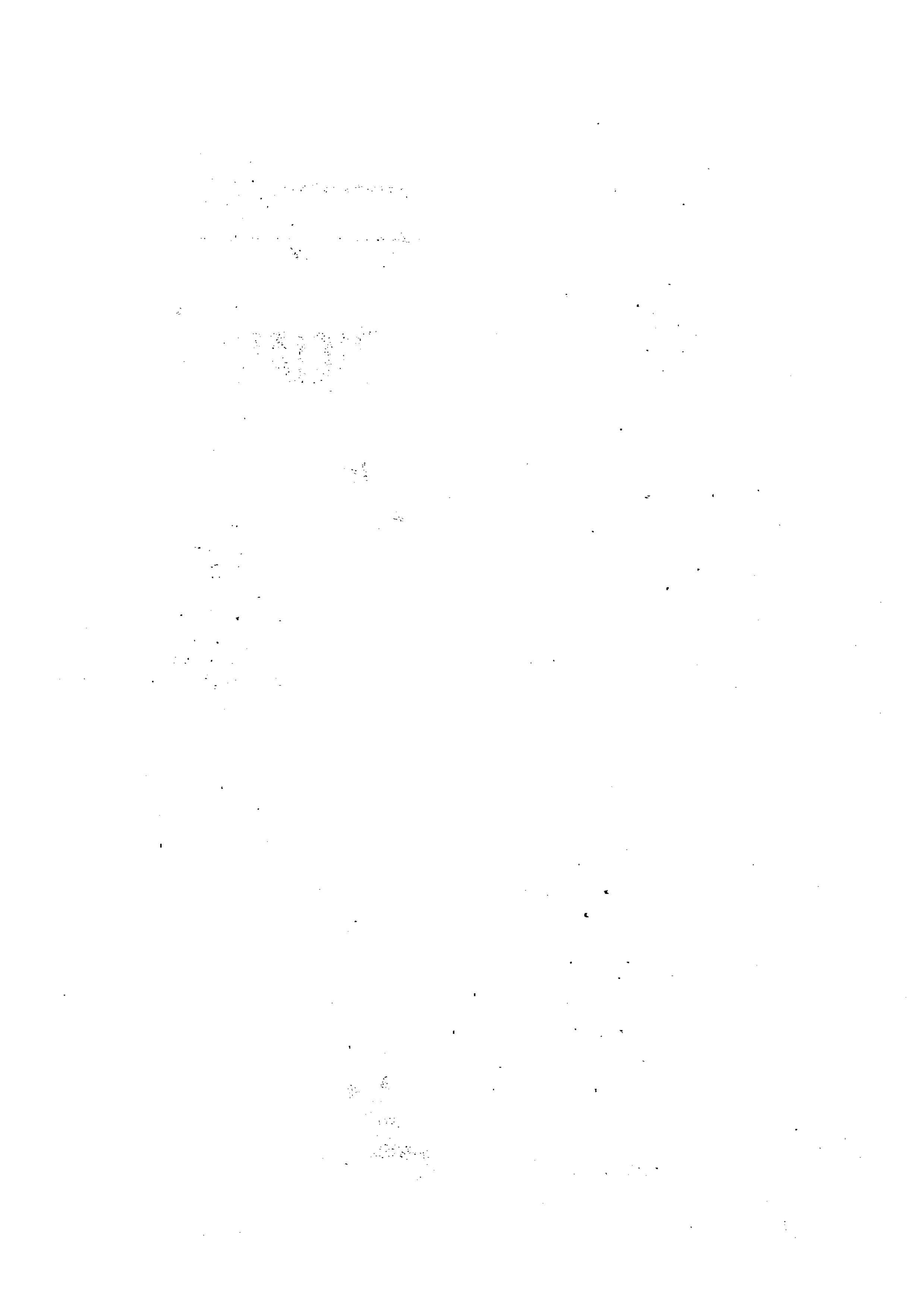
Pour M. TANAGHO *l'obligation judiciaire est essentiellement une technique au service de la Morale. L'auteur a, en effet, pris son sujet de très haut en commençant par poser le problème moral du contrat. Car si celui-ci se justifie parce qu'il est une « présomption de justice » il perd toute valeur lorsque cette présomption est renversée et que, généralement en accord avec le droit, ce contrat entre en conflit avec celui-ci. Alors, la volonté du juge peut et doit se substituer à celle des parties pour rendre au contrat la fonction dont il s'était détourné.*

M. TANAGHO *a voulu d'abord présenter un tableau complet des diverses philosophies sur les rapports du contrat et de la Morale et le premier chapitre de l'ouvrage apporte les résultats d'une vaste enquête que l'auteur a voulu mener de Platon à Sartre en rapprochant des philosophes, les sociologues et les anthropologues.*

Ayant conclu de cette analyse que ni les partisans du droit naturel ni leurs adversaires ne peuvent se contenter d'une position volontariste et qu'il faut nécessairement trouver un moyen de rendre juste un contrat qui serait condamné par la Morale, l'auteur nous entraine à la recherche de la technique appropriée à cette fin.

Alors l'historien de la philosophie devient historien du droit et il nous montre comment le droit romain avait compris le procédé de la « novation nécessaire » qui substitue une obligation nouvelle à une obligation ancienne en dehors de la volonté de leurs sujets. Il poursuit sa démonstration en analysant les applications actuelles de ce procédé dans le droit contemporain de la responsabilité civile tant délictuelle que contractuelle et il souligne que ni notre droit civil, ni la procédure romaine n'ont conçu cette novation nécessaire autrement que judiciaire.

C'est cette technique que M. TANAGHO *propose de retenir pour analyser la révision judiciaire de l'obligation contractuelle. En l'appli-*



DE L'OBLIGATION JUDICIAIRE

Etude morale et technique de la révision du contrat par le Juge

PAR

SAMIR TANAGHO

Chargé de Cours à la Faculté de Droit d'Ein-Chams

Préface de

PIERRE RAYNAUD

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Paris

Ouvrage publié avec le concours du Centre National de la Recherche Scientifique et couronné par la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Paris
Prix Louis Milliot

DE L'OBLIGATION JUDICIAIRE